



قاعدة

" المعدوم شرعا كالمعدوم حسا " و تطبيقاتها الأصولية و الفقهية
" What is nonexistent in Islamic law is like
nonexistent in the sense "

إعداد الطالب :

أحمد زكي أحمد الربابعة

الرقم الجامعي : 0320104024

إشراف الدكتور : محمد حمد عبد الحميد

أعضاء لجنة المناقشة :

د. محمد حمد عبد الحميد (رئيسا و مشرفا)

د. أحمد ياسين القرالة (عضوا)

د. حارث العيسى (عضوا)

أ. د. محمود جابر (عضوا)

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه

و أصوله من كلية الدراسات الفقهية و القانونية في جامعة آل البيت .

نوقشت و أوصي بإجازتها بتاريخ 2009 / 5 / 26

الإهداء ..

إلى روح والدي الشيخ زكي رحمه الله تعالى .. الذي تعلمت

منه حب العلوم الشرعيّة

وإلى والدتي أمد الله في عمرها ..

وإلى زوجتي جزاها الله عني خيرا ..

وإلى أخوتي وأخواتي في النسب والدين .

شكر وتقدير

إلى كل من ساعدني ووقف بجانبني وبالأخص مشرفي الدكتور

محمد حمد عبد الحميد حفظه الله تعالى .

وجميع أساتذتي في جامعة آل البيت ..

وكل من أسدى إليّ معروفا ولو بشطر كلمة ..

أقول لهؤلاء جميعا ..

جزاكم الله خيرا .

ملخص الرسالة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و أصحابه أجمعين أما بعد .. فيقوم هذا البحث على دراسة قاعدة مهمة من قواعد الفقه الإسلامي و هي قاعدة : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا) و تعني هذه القاعدة : أنّ الاعتداد في تقدير الأمور إنما هو بالشرع فما أثبتته الشرع فهو موجود و ما نفاه الشرع و ألغاه فهو معدوم و إن كان مالا للعيان ، و هذه القاعدة لها تطبيقات في أغلب أبواب الفقه كما أنّ لها تطبيقات أخرى في علم أصول الفقه ، ولقد تناولت هذه الرسالة : أسباب الانعدام الشرعي ، سواء الأسباب التي تتعلق بالأشياء المنهي عنها أو التي تتعلق بالأشخاص الذين تصدر منهم هذه التصرفات من حيث الأهلية .

وهذه القاعدة لها أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي ، و لها ارتباط وثيق بالأصول والفروع الفقهية و تتخرّج عليها الكثير من الخلافات مما يسهل ضبط الأحكام الجزئية من خلال إسنادها إلى الأصول الكلية .

ويقوم البحث بشرح القاعدة و تحليل عناصرها و دراستها دراسة تحليلية تطبيقية .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

إن الحمد لله نحمده ، و نستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلّل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ؛ خصنا بخير كتاب أنزل ، وأكرمنا بخير نبي أرسل، ومنّ علينا بأعظم دين شرع ، وجعلنا به خير أمة أخرجت للناس ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ (1)

وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله ؛ بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين ، تركنا على المحجة البيضاء ، على الطريقة الواضحة الغراء ، ليلها كنهارها ، لا يزيغ عنها إلا هالك ، ولا يحيد عنها إلا خاسر ﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِظًا ﴾ (2)

صلى الله عليه وسلم وعلى آله الغر الميامين وعلى أصحابه أجمعين وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .
أما بعد ..

فإنّ علم القواعد الفقهيّة علم عظيم الأهميّة و أثره عظيم في تنظيم الفروع و حصر المسائل الفقهيّة فهي تسهل على الفقيه و المفتي ضبط الفقه بأحكامه و قواعده كما أن دراسته تكون عند الفقيه ملكة فقهيّة و قدرة على معرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المتجددة ، لذلك فإنني أخصص هذه الدراسة لدراسة قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) دراسة تأصيلية تطبيقية .

إشكالية الموضوع :

1 (سورة آل عمران : آية 110
2 (سورة النساء: آية 80

- أ. ما هو المعدوم شرعا .
- ب. ما الفرق بين العدم الشرعي ، و العدم الحسي .
- ج. ما هي أسباب الانعدام الشرعي .
- د. ما هي التطبيقات الأصولية للمعدوم شرعا .
- هـ . ما هي التطبيقات الفقهية للمعدوم شرعا ، في العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصية ، و الحدود و الجنايات .

أهمية الدراسة :

- أ. أنها توضح معنى المعدوم شرعا .
- ب. أنها توضح التطبيقات الأصولية للمعدوم شرعا .
- ج. أنها توضح التطبيقات الفقهية للمعدوم شرعا في : العبادات ، و المعاملات ، و الأحوال الشخصية ، و الجنايات و الحدود .
- د. عدم وجود دراسة سابقة عالجت الموضوع .

أهداف الدراسة :

- أ. الربط بين القاعدة الفقهية و تطبيقاتها الأصولية و الفقهية ، مما يسهل تخريج الفروع على الأصول .
- ب. الوصول إلى المعرفة الصحيحة حول كل مفرد من مفردات موضوع الدراسة .
- ج. الفائدة العلمية بتزويد المكتبة الإسلامية بمرجع جديد لطلاب العلم .

مسوغات الدراسة :

من أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار الكتابة في هذا الموضوع أهميّة هذه القاعدة إذ يتبين في هذه لقاعدة أنّ اعتبار التصرفات الشرعيّة ذات قيمة معتبرة شرعا إنما هو بموافقتها لأمر الشارع ، و هذه القاعدة تبين أهميّة انضباط الخلق بأوامر الشارع و نواهيها لتنترب الآثار الدنيوية و الأخرويّة على الأفعال ، و رغم أهمية هذه القاعدة إلا أنها لم تكتب فيها دراسة سابقة مستقلة ، سواء كانت بحوثا أو رسائل جامعيّة أو كتباً علميّة ، كل ذلك دفعني للكتابة في هذا الموضوع .

أدبيات الدراسة :

من خلال اطلاعي على محتويات كثير من المكتبات و مظان المعلومات ، سواء الكتب أو الدوريات أو الرسائل الجامعية أو الانترنت ، وجدت اهتماما كبيرا بعلم القواعد الفقهية حيث كتبت أعداد من المصنفات و الأبحاث العلمية المفيدة في علم القواعد ، و لكني لم أعر على رسائل و أبحاث تناولت هذه القاعدة بشكل خاص و موسع و وجدت بعض الكتب التي تناولت بعض التطبيقات لهذه القاعدة أو أشارت إليها ، فأفدت منها عند دراستي لهذه القاعدة و أذكر منها على سبيل المثال :

1. تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، للصادق الغرباني ، حيث بين معنى هذه القاعدة بشيء من الإيجاز و شرح بعض الأمثلة الموجودة في كتاب إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك .

2. موسوعة القواعد ، لمحمد صدقي البورنو ، حيث بين المؤلف معنى القواعد لغة واصطلاحاً و أشار إلى قاعدة المعدوم شرعاً بشيء من الإيجاز ، عند تعرضه لمسألة تنزيل الموجود في حكم المعدوم و المعدوم في حكم الموجود .

3. القواعد الفقهية ، لعلي أحمد الندوي ، حيث عرّف المؤلف القاعدة الفقهية لغة واصطلاحاً و بين الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية ، ثم عرض بعض القواعد و شرحها ، و من ضمنها قاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ، و لكنه تعرض إليها بشكل موجز دون تفصيل .

و استفدت من رسالة دكتوراه بعنوان " البطلان و الفساد عند الأصوليين و أثرهما في الفقه الإسلامي " للطالبة حنان يونس القديمات . حيث أنّ البطلان و الفساد له علاقة بقاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ، و لكن قاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً قاعدة مستقلة ، والمراجع السابقة لم تذكر القاعدة بشيء من التفصيل ، و لم تشرح مفردات القاعدة وعلاقتها بالقواعد الأخرى ، كما أنها لم تسهب في بيان التطبيقات الأصولية و الفقهية للقاعدة و هذا ما يميز هذه الرسالة .

الفرضيات :

إنّ الانعدام الشرعي في التشريع الإسلامي يمنع من ترتب الآثار الشرعية وإنّ المعدوم الشرعي كالمعدوم الحسي في كثير من الأحكام مع وجود بعض الاستثناءات .

تحليل المصادر و المراجع

فيما يلي تحليل المصادر و المراجع الرئيسية في الرسالة :

(1) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، (ت730هـ) 1330 م و هو كتاب مهم في أصول الفقه على المذهب الحنفي و طريقة الفقهاء ، شرح فيه المؤلف كتاب أصول البزدوي 482هـ ، و هو من أهم شروحه و يعتبر هذا الكتاب مع شرحه من أحسن كتب الأصول عند الحنفية و أفضلها ، و عمدة علماء الحنفية في الأصول ، وجاء في مقدمة الكتاب : تعريف العلم و بيان فضل العلم و الحكمة ثم ذكر مصادر الأحكام فبدأ بالكتاب و السنة و ما يتعلق بهما من مباحث الأدلة ، و بقية مباحث الأصول و يكثر فيه ذكر الأحكام الفقهية و أدلتها على المذهب الحنفي و يقارن أحيانا بالمذهب الشافعي ، و استفدت من هذا الكتاب في تعريف الفساد و البطلان و في تفريق الحنفية بين الفاسد و الباطل .

(2) المبسوط ، لشمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، (ت433هـ) و هذا الكتاب من أهم كتب المذهب الحنفي الذي استوعب فيه المؤلف جميع أبواب الفقه بأسلوب سهل و عبارة واضحة و بسط فيه الأحكام و الأدلة مع المناقشة والمقارنة بالمذاهب الأخرى و خاصة المذهب الشافعي و المالكي ، و قد يرجّح في المسألة مذهبا غير مذهب الحنفية و يؤيد رأيه بالأدلة و قد يجمع بين رأيي الحنفية و غيرهم ، و يعتبر هذا الكتاب من أوسع الكتب في الفقه الحنفي و الفقه المقارن ، و هو كتاب معتمد عند الحنفية في الفتوى و القضاء ، و قد استفدت من هذا الكتاب في التطبيقات الفقهية لقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) .

(3) أنوار البروق في أنواء الفروق ، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي ، (ت684هـ) ، اشتهر هذا الكتاب باسم : كتاب الفروق و هو كتاب في القواعد الفقهية و الفروق بين المسائل و المواضيع المتشابهة مع بيان أحكامها في المذهب المالكي ، و المقارنة مع بقية المذاهب الأخرى ، و وضع المؤلف لقواعد الفقهية و ما يتخرّج عليها من الفروع ، ولقد استفدت من هذا الكتاب استفادة كبيرة حيث أنه صرّح بقاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا

و عرض أقوال العلماء في قاعدة النهي يقتضي الفساد و ذكر تطبيقات كثيرة لقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) و أقوال العلماء في ذلك .

(4) المدونة ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت179هـ) ، جمع في المدونة آراء الإمام مالك المروية عنه و المخرّجة على أصوله و على آراء بعض أصحابه مع بعض الآثار و الأحاديث التي وردت في مسائل الفقه المالكي ، و تأتي المدونة في قيمتها بعد الموطأ للإمام مالك و هي صدق رواية و أعلى درجة من حيث سماعها و رواياتها و عليها الاعتماد في الفتوى عند علماء القيروان ، و تتألف من أسئلة و أجوبة على مسائل الفقه التي بلغت 6200 مسألة وقد استفدت من المدونة في معرفة آراء المالكية حول تطبيقات قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) .

(5) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، لأبي العباس أحمد بن يحيى بن محمد التلمساني ، الونشريسي (ت914هـ) وهذا الكتاب من أشهر ما ألّف في قواعد المذهب المالكي ، وهو كتاب معتدل وسط بين كتب القواعد المشهورة و معظم القواعد المذكورة في الكتاب قواعد مذهبية تخدم المذهب المالكي أوردها المؤلف بصيغة الاستفهام باعتبار أنها ليست مما يتفق عليه العلماء بل أنها قواعد خلافية و يهدف المؤلف أيضا إلى شحذ الأذهان و لفت الأنظار إلى أهمية هذه القواعد ولقد أفدت منه في أنه ذكر قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا فقال : هل المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ؟ ثم أورد تطبيقات لهذه القاعدة .

(6) المجموع شرح المذهب ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) ، وهو من أجمع الكتب في الفقه الشافعي ، شرح فيه الإمام النووي كتاب المذهب لأبي إسحق الشيرازي (ت476هـ) واعتمد الإمام النووي في كتابه على ذكر الأدلة ومذاهب السلف والصحابة و التابعين ، ويذكر الأحاديث الصحيحة و الحسنة و الضعيفة و المرفوعة و الرواة ثم يبيّن الأحكام بعبارة سهلة و يضم الفروع و التتمات و القواعد في الفقه و يبين ما اتفق عليه أصحاب الشافعي و ما انفرد به بعضهم و الراجح و المعتمد في المذهب ، لكن الإمام النووي لم يكمل

الكتاب حتى وافته المنية وأكمّله غيره ، و أفدت من هذا الكتاب في معرفة آراء الشافعية حول بعض تطبيقات قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) .

(7) شرح المنهج المنتخب للمنجور (ت 995هـ) و صاحب المنهج المنتخب على قواعد المذهب هو العلامة الزقاق الفاسي ، حيث نظم القواعد الفقهية على شكل منظومة ومنها قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و تولى الإمام المنجور شرح المنهج ، و يعد هذا الشرح من أهم كتب القواعد عند المالكية ، و لقد أفدت منه عند ذكره قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا و التطبيقات عليها .

منهجية البحث :

(1) اتباع المنهج الوصفي القائم على الاستقراء ، وذلك من خلال تتبع الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية ، المتعلقة في الموضوع و ما يعزز ذلك من كتب التفسير و شروح الحديث و أقوال الفقهاء و ذلك لتأصيل القاعدة من خلال دراسة أدلتها التفصيلية ، و دراسة فروع مسائل الفقه للتوصل إلى صدّة القاعدة ، و معرفة أهميتها و بيان تطبيقاتها .

(2) العمل على تخريج الفروع على الأصول ، و ذلك عن طريق دراسة فروع القواعد الفقهية و دراسة فروع مسائل المذاهب الفقهية بشكل عام في ظل أصولها العامة و ضوابطها الفقهية .

منهج الباحث :

(1) الاعتماد على المصادر اللغوية والأصولية و الفقهية القديمة في المذاهب المختلفة وذلك باستخراج النصوص ذات الصلة بالموضوع ثم تنظيمها و ترتيب مسائلها ترتيبا علميا .

(2) الاستفادة من الكتب المعاصرة لاسيما كتب القواعد الفقهية .

(3) الاعتناء بمسائل التخريج للآيات القرآنية و الأحاديث النبوية .

(4) ترجمة الأعلام المصرّح بأسمائهم ، عدا من بلغت شهرته الآفاق كأئمة المذاهب الأربعة .

(5) توضيح معاني الألفاظ الغريبة و المصطلحات العلمية بما يزيل غموضها و يكشف عن مرادها .

(6) الاعتناء بالتطبيقات الفقهية المتعلقة بالقاعدة في أصول الفقه و في العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصية و الحدود و الجنايات .

خطة البحث :

تمهيد : التعريف بالقواعد الفقهية وبيان أهميتها وفيه :

المبحث الأول : معنى القاعدة الفقهية .

المطلب الأول : بيان معنى القاعدة لغة و اصطلاحاً .

- المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالقاعدة الفقهية .
- المبحث الثاني : أهمية التععيد الفقهي والتأليف في فن القواعد الفقهية
- الفصل الأول : التعريف بقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)
- المبحث الأول : التعريف بمعنى : (المعدوم شرعاً و المعدوم حساً)
- المطلب الأول : معنى المعدوم لغة
- المطلب الثاني : المعدوم شرعاً
- المطلب الثالث : معنى كلمة شرعاً في اللغة و الاصطلاح :
- المطلب الرابع : المعنى اللغوي لكلمة حساً .
- المبحث الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة
- المبحث الثالث : أدلة قاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً
- المبحث الرابع : مكانة القاعدة
- المبحث الخامس : أسباب الانعدام الشرعي
- المبحث السادس : القواعد ذات الصلة بقاعدة : (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)
- الفصل الثاني : التطبيقات الأصولية لقاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .
- المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في الحكم التكليفي
- المطلب الأول : تطبيقات القاعدة على الواجب .
- المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة على الحرام
- المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في الحكم الوضعي
- المطلب الأول : ارتباط القاعدة بالشرط .
- المطلب الثاني : ارتباط القاعدة بالمانع :
- المبحث الثالث : تطبيقات القاعدة في الصحة و الفساد
- المطلب الأول : النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً .
- المطلب الثاني : النهي يقتضي الفساد مطلقاً .
- المطلب الثالث : النهي لعين المنهي عنه يقتضي الفساد .
- المبحث الرابع : تطبيقات القاعدة فيما يتعلق بالأهلية
- المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في أهلية الوجوب .
- المطلب الثاني : أهلية الأداء .
- المطلب الثالث : عوارض الأهلية .
- الفصل الثالث : التطبيقات الفقهية لقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)

المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في العبادات

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في الطهارة .

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في الصلاة .

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في الزكاة

المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة في الصيام

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على من نذر صيام يوم النحر و أيام التشريق

المطلب الخامس : تطبيقات القاعدة في الحج

المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في عقود التمليكات

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في عقود التفويض و الإطلاق

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في عقود التأمينات و التوثيقات

المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة في عقود الشركات

المبحث الثالث : تطبيقات القاعدة في الأحوال الشخصية

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في عقد الزواج

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في الطلاق

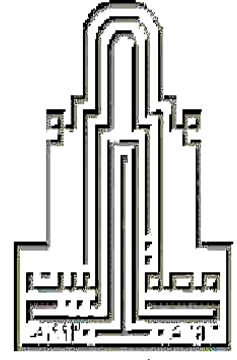
المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في المواريث

المبحث الرابع : تطبيقات القاعدة في الجنايات و الحدود

المطلب الأول : تطبيق القاعدة في الجنايات

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في الحدود

الخاتمة



جامعة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية و القانونية
الفقه و أصوله

قاعدة

"المعدوم شرعا كالمعدوم حسا" و تطبيقاتها الأصولية و الفقهية

**" What is nonexistent in Islamic law is like
nonexistent in the sense "**

إعداد الطالب: أحمد زكي أحمد الرابعة

الرقم الجامعي

0320104024

المشرف

الدكتور محمد حمد عبد الحميد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات شهادة الماجستير

الفصل الثاني 2009/2008

التمهيد

التعريف بالقواعد الفقهية وبيان أهميتها

المبحث الأول

معنى القاعدة الفقهية

المطلب الأول : بيان معنى القاعدة لغة و اصطلاحاً .

القاعدة في اللغة : أصلُ الأس أو الأساس . و القواعد : الأساس ، فقواعد البيت أساسه (1) . وفي التنزيل : ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾ (2) قال المفسرون إنّ معنى القواعد هنا هي أساس البنيان و أُسّه . (3)

وقواعد الهودج أربع خشبات معترضة في أسفله ، تركب عيدان الهودج فيها ، و قواعد السحاب : أصولها المعترضة في آفاق السماء ، شبّهت بقواعد البناء و القواعد من النساء هنّ الكبيرات المسنّات اللواتي قعدن عن الحيض و الولد ، أو قعدن عن الزواج . (4)

قال ابن الأثير : أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيها بقواعد البناء (5)

ومن معاني القاعدة في اللغة : الضابط ، وهو الأمر الكلي ينطبق على جزئيات مثل قولهم : كل أذن و لود ، و كل صموخ بيوض (6)

ومن خلال استعراضنا للتعريفات اللغوية السابقة ، نجد أنّ معنى القاعدة يدور حول الأساس و الأصل الذي يبنى عليه غيره و الثبات و الاستقرار ، و أنّ الثبات و الاستقرار من لوازم الأساس .

1 (ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين (ت711هـ) ، لسان العرب ج3 ص361 ، من مادة (قعد) ، ط2 ، دار التراث العربي ، بيروت ، 1997 م .

2 (سورة البقرة : 127 .

3 (الزجاج ، أبو اسحق إبراهيم (ت311هـ) ، معاني القرآن وإعرابه ، ج1 ص208 ، ط1 عالم الكتاب بيروت ، 1998 .

4 (ابن منظور ، لسان العرب ، ج3 ص 361 .

5 (الجزري ، ابن الأثير (ت606هـ)، النهاية في غريب الحديث و الأثر ج4 ص 87 ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ط4 ، مؤسسة اسماعيليان قم .

6 (إبراهيم مصطفى ، و أحمد الزيات و حامد عبد القادر و محمد النجار ، المعجم الوسيط ، ج2 ص414 ، تحقيق مجمع اللغة العربية .

أما القواعد من النساء فإن دلالتها على الأساس تحتاج إلى بيان ذلك أن القواعد من النساء هن الأصل لغيرهن من النساء فهن قعدن عن الحمل والولادة وتركبن ذلك لخلافهن فكن هن بمثابة الأصل الذي يبنى عليه غيره .⁽¹⁾

ونجد ترابط بين المعنى اللغوي و المعنى الاصطلاحي ، فالمعنى اللغوي للقاعدة : الأصل الذي يبنى عليه غيره ، و الضابط و الأمر الكلّي ، فهو بذلك المعنى لا يكاد يختلف عن المعنى الاصطلاحي للقاعدة الفقهية .

القاعدة اصطلاحاً

عرّف العلماء القاعدة بتعريفات كثيرة وقد اختلفت تعريفاتهم نظراً لاختلاف نظرتهم إلى القواعد من حيث أنها كلية أو أغلبية فمن نظر إلى الاستثناءات التي قد ترد على القاعدة ادخل قيد الأغلبية وعدم الاطراد ، ومن لم ينظر إلى هذا الاعتبار لم يقيد بهذا القيد فمن التعاريف التي أهملت ورود الاستثناءات على القاعدة عرّفها بأنها قضية كلية :

تعريف الفيومي⁽²⁾ حيث عرّف القاعدة بأنها الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته⁽³⁾ .
وعرفها الشيخ الزرقاء⁽⁴⁾ : بأنها أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها⁽⁵⁾ .
ومن التعريفات التي قيّدت القاعدة بكونها أغلبية لا كلية وأنّ أحكامها أكثرية تعريف الحموي حيث عرفها : بأنها حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها⁽⁶⁾ .
وعرفها الدكتور محمد الروكي بأنها : حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة فينطبق على جزئياته على سبيل الاطراد والأغلبية⁽⁷⁾ .

-
- 1 (الروكي ، انظر محمد ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، ص43. دار الصفاء و دار ابن حزم .
 - 2 (هو أبو العباس أحمد بن محمد المقرئ الفيومي ولد ونشأ في الفيوم في مصر ثم ارتحل إلى حماة وهو فقيه ونحوي توفي 770 هـ انظر كشف الظنون 1710 .
 - 3 (الفيومي ، المصباح المنير ، ج1 ص 169 ، مادة (قعد) المطبعة الأميرية .
 - 4 (هو مصطفى أحمد الزرقاء ، ولد في حلب بسورية عام 1325 هـ / 1907 م . ودرس علوم الشريعة ، وواصل تعليمه حتى تخرج من كلية الحقوق وتفوق فيها ودرس في الفقه خاصة على والده ، وللشيخ الزرقاء منجزات علمية متعددة في أقطار عربية مختلفة ، وله إنتاج علمي غزير؛ إذ نشر له اثنا عشر كتاباً وأكثر من ثلاثين بحثاً ، وتأتي في طليعة كتبه سلسلتان : فقهية وقانونية .
 - 5 (الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ص965 ، ط1 ، دار القلم دمشق 1418 هـ .
 - 6 (أحمد بن محمد الحنفي (ت1098 هـ) ، غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، ج1 ص 51 . ط1 ، دار الكتب العلمية - بيروت 1985م .
 - 7 (الروكي ، محمد ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، ص53 .

وعرفها الدكتور علي الندوي⁽¹⁾ بأنها : أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه⁽²⁾ .

مناقشة التعريفات السابقة :

بعض هذه التعريفات لا يميز بين القاعدة الفقهية وغيرها بل يكتفي بتعريف القاعدة بمفهومها العام كما في تعريف الكفوي ، فهذه التعريفات تشمل القواعد اللغوية و النحوية و القاعدة بمفهومها العام دون تفريق بين القاعدة الفقهية و غيرها .

وبعض العلماء عرّف القاعدة بأنها حكم كلي ، غير ملتفتين إلى ما قد يصيبها من استثناء لأنّ الأصل في القاعدة أن تطرد و تنطبق على جميع جزئياتها ، فالاطراد فيها أصل و الشذوذ و الاستثناء طارئ و مع هذا فإنّ عدم اطراد القاعدة لا يقدر في عمومها لأنّ مقصد الشارع : ضبط الخلق إلى قواعد عامّة ، فالقواعد التي جرت بها سنّة الله أكثرية و ليست عامّة و كانت الشريعة على مقتضى ذلك الوضع فالملتفت إليه العموم العادي لا الكلي .⁽³⁾

و عرّفها الحموي بأنها حكم أكثرى ، فكأنه بذلك يريد أن يفرق بين القاعدة عند الأصوليين و النخاة و القاعدة عند الفقهاء و اعتبر أنّ القاعدة عند الأصوليين و النخاة مضطردة و عند الفقهاء غير مضطردة .

و نلاحظ أنّ تعريف الكفوي لا يميّز القاعدة الفقهية تميزا دقيقا عن غيرها من القواعد .⁽⁴⁾ و يؤخذ على تعريف الزرقاء أنّه عرف القواعد بمرادفها وهو قوله : أصول فقهية كلية فتعريفه لفظياً وليس عملياً فهو تعريف لغوي لا علمي كمن يعرف الأسد أنه السبع⁽⁵⁾ .

التعريف المختار : هو أنها حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة فينطبق على جزئياته على سبيل الاطراد والأغلبية ، وسبب اختياره ما يأتي :

1 (هو علي أبو الحسن بن عبد الحي بن فخر الدين ، (1333هـ - ت 1420هـ) ينتهي نسبه إلى الحسن بن علي رضي الله عنهما . التحق بدار العلوم لندوة العلماء ودرس علوم الحديث والتفسير والفقه . حصل على عضوية كثير من الهيئات والمؤسسات الدعوية العلمية والعالمية منها : رابطة العالم الإسلامي - المجلس الأعلى للدعوة الإسلامية في القاهرة - رئيس مركز أكسفورد للدراسات الإسلامية - رابطة الجامعات الإسلامية - وكان عضواً في مجامع اللغة العربية في كل من دمشق والقاهرة وعمان ..

ترك الشيخ أبو الحسن ثروة علمية كبيرة من المؤلفات الدعوية والفكرية والأدبية .
2 (الندوي ، أبو الحسن علي (ت1420هـ) ، القواعد الفقهية ، ص45 ، ط2 دار القلم ، دمشق 1412هـ . وانظر نظرية التقعيد ، محمد الروكي ص53 . و عبد الوهاب الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص33 ، مكتبة الرشيد ، الرياض .

3 (محمد صدقي البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج1 ص23 و 24 ، ط دار ابن حزم 1420هـ .

4 (الروكي ، نظرية التقعيد ، ص49 .

5 (المصدر السابق نفسه .

لأنه حدد عناصر القاعدة وبين أنها تستوعب جملة من الجزئيات منطبقة عليها اطراداً أو غالباً كما أوضح أن القاعدة الشرعية لا بد أن تستند إلى دليل شرعي و أن القاعدة الشرعية في ذاتها حكم شرعي ، لأنها تستند إلى دليل شرعي ولكنها تنطبق على جزئيات كثيرة فجاء تعريفه جامعاً مانعاً وكان هذا سبب اختياره .

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالقاعدة الفقهية .

من الألفاظ ذات الصلة بالقواعد الفقهية الضوابط الفقهية والنظريات الفقهية والقواعد الأصولية و الأشباه والنظائر .

1. الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي : القاعدة بمعنى الضابط في الأصل ، لكن يميّز العلماء بين القاعدة و الضابط عملياً ، و في القرون الأخيرة بأنّ القاعدة تحيط بالفروع

والمسائل في أبواب فقهية مختلفة ، مثل قاعدة : (الأمور بمقاصدها) فإنها تطبق على أبواب العبادات و الجنائيات و العقود و الجهاد .. و غيرها من أبواب الفقه .⁽¹⁾ وقاعدة : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) ، فإن لها تطبيقات في أبواب العبادات و المعاملات و الحدود و المواريث و الجنائيات . أما الضابط فإنه يجمع الفروع و المسائل من باب واحد من الفقه مثل : (لا تصوم المرأة تطوعا إلا بإذن الزوج أو كان مسافرا) ومثل : (أيما إهاب دبغ فقد طهر)⁽²⁾ ، و مثل : (كل ماء مطلق لم يتغير فهو طهور)⁽³⁾ فالضوابط الفقهية بمعناها الاصطلاحي الخاص هي أخص من القواعد الفقهية و دونها في استيعاب الفروع ، قال السيوطي : القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ، و الضابط يجمع فروعا من باب واحد .⁽⁴⁾

فالفرق بين الضوابط و القواعد : أن القواعد أعم و أشمل من الضوابط ، من حيث : جمع الفروع و شمول المعاني ، و أن القواعد أكثر شمولاً من الضوابط ، لأن الضوابط تضبط موضوعا واحدا فلا يتسامح فيها بشذوذ كبير .⁽⁵⁾

2. الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية : إن الفقه الإسلامي بدأ بالفروع والجزئيات في التدوين ، ثم انتقل إلى التععيد بإقامة الضوابط الفقهية و القواعد الكلية ، و هذه الضوابط والقواعد ممهدة لجمع القواعد المتشابهة و المبادئ العامة ، لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه⁽⁶⁾ . و من أمثلة القاعدة الفقهية : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ و المباني) فهذه القاعدة تفسر صيغة العقد و موضوعه لتحديد الآثار المترتبة عليه ومثال النظريات الفقهية ، نظرية العقد التي تتناول جميع العقود الشرعية ، سواء عقد البيع أو عقد النكاح أو غيرها من العقود ، فتبين الأركان و الشروط و الآثار المترتبة على العقد .

و على العكس تماماً من الفرق بين الضابط والقاعدة فالنظرية الفقهية أعم من القواعد الفقهية فالنظريات هي دساتير ومفاهيم كبرى تشمل نظاماً موضوعياً متكاملًا في جانب كبير من جانب كبير من جوانب الحياة وتشمل كل نظرية مجموعة من القواعد⁽⁷⁾.

1 (محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي ، ص 19 ط 1 ، ، جامعة الكويت 1999م

2 (ابن ماجه ، محمد بن يزيد(ت273هـ)، سنن ابن ماجه ، كتاب اللباس ، باب لبس جلود الميتة إذا دبغت ، ج2 ص1193 حديث 3609 ، و صححه الألباني ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت . (و الكتاب مطبوع مع تعليقات الألباني على الأحاديث)

3 (الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي ، ص 19 .

4 (السيوطي (ت911هـ) ، الأشباه و النظائر في النحو ، ج1 ص 9 ، دار المعارف النظامية ، حيدر أباد .

5 (علي أحمد الندوي ، القواعد الفقهية ، ص52 .

6 (الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي . ص 22 .

7 (الزرقاء ، مصطفى احمد ، المدخل الفقهي العام ، ج1 ، ص216 .

وقد عرف الشيخ مصطفى الزرقاء النظريات الفقهية بأنها : تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاماً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثاات الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام وذلك كفكرة الملكية وأسبابها وفكرة العقد وقواعده ونتائجه وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها 000 إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ويصادف الإنسان أثر سلطانه في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية (1).

3. **الفرق بين القواعد الفقهية و الأشباه والنظائر :** النظائر الفقهية : هي التي تتشابه مع بعضها البعض في الوجوه أو في وجه واحد ، وعلم القواعد الفقهية هو أحد مسميات علم الأشباه والنظائر لذلك فلن كثيراً من الذين كتبوا في علم القواعد كانت تحت عنوان (الأشباه والنظائر) كما هو عند الإمام السيوطي والإمام السبكي (2) .

وذكر الدكتور محمد شبير فرقاً دقيقاً بين المصطلحين فالأشباه والنظائر أعم من القواعد الفقهية فالأشباه والنظائر تهتم بالفروع المتشابهة والقواعد تهتم بالرابط الجامع للفروع (3) .

4. **الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :** هنالك فروق كثيرة بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية وذلك ناتج عن التمايز بين علم الأصول وعلم الفقه فالقاعدة الأصولية تتعلق بالألفاظ ودلالاتها على الأحكام والقاعدة الفقهية تتعلق بذات الأحكام .

فالقواعد الأصولية محصورة في أبواب الأصول والقاعدة الفقهية ليست محصورة و لا محددة العدد وقواعد الأصول إذا اتفق على مضمونها لم يتخلف منها شيء أما القواعد الفقهية فترد عليها استثناءات كثيرة (4) .

فالقواعد الأصولية هي قواعد لغوية وضعت على أسس علمية لتقعيد تفسير النصوص و ضبط الاستنباط و الاجتهاد ، و هذا هو الغالب فيها ، لأن الغاية من علم أصول الفقه إنما هي تحديد طرق استنباط الأحكام الشرعية ، و دلالة ألفاظ الشارع عليها ، و القواعد الفقهية : هي أحكام شرعية كلية ، مستنبطة من المصادر الشرعية النقلية أو العقلية ، أمّا القواعد الأصولية فإن علماء الأصول قد توصلوا إليها عن طريق دراستهم للنصوص الشرعية و استقراء صيغها و أوجه دلالتها على

(1) المصدر السابق نفسة .

(2) هو عبد الوهلب بن علي بن عبد الكافي السبكي نسبة إلى سُبُك من قرى محافظة المنوفية بمصر . (ت771هـ) فقيه شافعي أصولي مؤرخ .

(3) شبير ، محمد ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ص33-43 باختصار و تصرف ، ط1 ، دار الفرقان عمان-الأردن 2000م .

(4) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ص26-28 ط 1420 هـ دار ابن حزم .

الأحكام الشرعيّة و تتبع مقاصد الشرع من هذا لأحكام فهي قواعد تكوّن بمجموعها منهجا علميّا شموليا لتفسير النصوص الشرعيّة و فقها و استنباط الأحكام منها .⁽¹⁾
 ويتضح ذلك أيضا من خلال تطبيقات قاعدة : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) .
 فهذه القاعدة لها تطبيقات أصوليّة و فقهية على حد سواء .

المبحث الثاني

أهمية التقعيد الفقهي والتأليف في فن القواعد الفقهية

إن علم القواعد الفقهية من العلوم النافعة للفقهاء و المفتي ، حيث تمكن الفقيه من معرفة الروابط بين الفروع الفقهية ، كما تمكنه من الإلمام بالفروع من خلال معرفته بالقواعد فيسهل عليه تخريج المسائل و معرفة آراء علماء المذاهب من خلال ضبطه لقواعدهم ، فإنّ الاختلافات في الفروع تنبع من الاختلافات في القواعد ، و في ذلك يقول العلاّم القرافي :

(1) الروكي ، نظرية التقعيد وأثرها في اختلاف الفقهاء ، ص 64 .

وهذه القواعد مهمّة في الفقه عظيمة النفع و بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه و يشرف و يظهر رونق الفقه و يعرف ، و من جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع و اختلفت و احتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي ، و من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات و اتحد عنده ما تناقض عند غيره و تناسب .

و يمكن أن نلخص فوائد القواعد الفقهية و أهميتها بما يأتي⁽¹⁾ :

1. وإنّ دراسة الفروع و الجزئيات الفقهية و الإحاطة بها يكاد يكون مستحيلا بينما يدرس الطالب و العالم قاعدة كلية تنطبق على فروع كثيرة لا حصر لها ، و يتذكر القاعدة ليفرّع عليها المسائل و الفروع المتشابهة و المتناظرة .

2. إن دراسة الفروع و الجزئيات إن حفظت كلها أو أغلبها فإنها سريعة النسيان و يحتاج الرجوع إليها في كل مرّة إلى جهد و مشقة و حرج أمّا القاعدة الفقهية فهي سهلة الحفظ بعيدة عن النسيان ، لأنها صيغت بعبارة جامعة سهلة تبين محتواها ، و متى ذكر أمام الفقيه فرع أو مسألة فإنه يتذكر القاعدة ، مثل قاعدة : (لا ضرر ولا ضرار) أو قاعدة : (الضرر يزال) أو (يحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام) أو (الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة)

3. إنّ الأحكام الجزئية قد يتعارض ظاهرها ، و يبدو الناقض بين عللها فيقع الطالب و الباحث في الارتباك و الخلط و تشتبه عليه الأمور حتى يبذل الجهد و التتبع لمعرفة الحقيقة ، أمّا القاعدة الفقهية فإنها تضبط المسائل الفقهية و تنسّق بين الأحكام المتشابهة و ترد الفروع إلى أصولها و تسهل على الطالب إدراكها و فهمها و أخذها .

4. إنّ القواعد الكلية تسهل على رجال التشريع غير المختصين بالشرعية فرصة للاطلاع على الفقه بروحه و مضمونه و أسسه و أهدافه و تقدّم العون لهم لاستمداد الأحكام منه و مراعاة الحقوق و الواجبات فيه ، و هذا ما حقّقه القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية ، و التي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة .

5. تساعد في إدراك مقاصد الشريعة و أهدافها العامة ، لأنّ مضمون القواعد الفقهية يعطي تصورا واضحا عن المقاصد و الغايات ، مثل : (المشقة تجلب التيسير) و (الرخص لا تناف بالمعاصي) (وتصرفات الإمام على الرعية منوطة بالمصلحة) و غير ذلك من الفوائد و المنافع التي تحصل من دراسة القواعد الفقهية .

(1) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص 25 فما بعدها .

6.ل دراسة القواعد الفقهية تكون عند الباحث ملكةً فقهية قوية وقدرةً على معرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمسائل المتكررة كما أنها تضبط المسائل وترد الفروع إلى أصولها (1) .

الفصل الأول

التعريف بقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)

المبحث الأول

التعريف بمفردات قاعدة (المعدوم شرعاً والمعدوم حساً)

1 (حزامي يوسف أحمد علي ، قاعدة : دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه و تطبيقه الأصولية و الفقهية . ص 13 . رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير في جامعة آل البيت بإشراف الدكتور نمر حشاشنة ، نوقشت و أجازت الفصل الثاني ، سنة 2004 .

المطلب الأول : معنى المعدوم لغة :

وردت كلمة المعدوم في معاجم اللغة بعدة معان منها :

العدم والعُدْم : فقدان الشيء وذهابه وغلب على فقدان المال وقلته عدمه بعدمه عدماً فهو عدم ومُعدم لا مال له .⁽¹⁾

ويقال فلان يكسب المعدوم إذا كان مجدوداً يكسب ما يحرمه غيره ، ويقال : هو آكلكم للمأدوم و أكسبكم للمعدوم و أعطاكم للمحروم .

وفي حديث المبعث قالت له خديجة رضي الله عنها : " كلا إنك تكسب المعدوم وتحمل الكل " ⁽²⁾ وهو المجدود الذي يكسب ما يحرمه غيره وقيل أرادت تكسب الناس الشيء المعدوم الذي لا يجدونه مما يحتاجون إليه وقيل الفقير الذي صار من شدة حاجته كالمعدوم ⁽³⁾ .

قال الشاعر :

فعديمنا متعفف متكـرم وعلى الغني ضمان حق المعدم ⁽⁴⁾
و العين والبدال والميم أصل واحد يدل على فقدان الشيء وذهابه ⁽⁵⁾ .

وقال صاحب الفروق اللغوية والفرق بين الإعدام والفقر أن الإعدام أبلغ من الفقر قال أهل اللغة : المعدم الذي لا يجد شيئاً وأصله من العدم خلاف الوجود كأنه صار ذا عدم ⁽⁶⁾ .

وقل حسّان بن ثابت رضي الله عنه :

رب حلم أضاعه عدم المال وجهل غطى عليه النعيم ⁽⁷⁾

نلاحظ أنّ هذه التعريفات تدور حول معنى فقدان الشيء و ذهابه ، وأنّه غير موجود ، فلقد فرّقوا بين الفقير و المعدم : بأنّ الفقير من له مال قليل أما المعدم فلا مال له أصلاً ، فالعدم عكس الوجود .

المطلب الثاني : المعدوم شرعاً :

- 1 (ابن منظور ، لسان العرب ، ج 12 ص 392 من مادة (عدم) .
- 2 (البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت 256) ، الجامع الصحيح ، باب بدء الوحي ج 1 ص 4 رقم الحديث 3 تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق الطبعة الثالثة ، الناشر : دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت 1407 هـ .
- 3 (ابن منظور ، لسان العرب ، ج 12 ص 392 من مادة (عدم) .
- 4 (الفراهيدي ، الخليل بن أحمد ، العين ، ج 2 ص 56 . تحقيق مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي ، ط 2 ، دار الهجرة ، 1409 هـ .
- 5 (أحمد بن فارس (ت 395 هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، ج 4 ، ص 202 ، ط 3 ، مكتبة الخانجي ، مصر ، 1981 م .
- 6 (العسكري ، أبو هلال (ت 395 هـ) ، الفروق اللغوية ، ج 1 ص 58 . ط 1 ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم ، 1412 .
- 7 (الفراهيدي ، العين ، ج 2 ص 56 .

بعد أن عرّفنا المعدوم لغة و بأذنه عكس الوجود ، و بأنه بمعنى فقدان الشيء وذهابه فإنّ المعدوم شرعا له ارتباط وثيق بالمعنى اللغوي ، من حيث عدم ترتب الآثار الشرعية على الشيء المعدوم . فكما أنّ الشيء المعدوم ليس له وجود و لا يترتب عليه أثر فكذلك المعدوم شرعا . ومن خلال بحثي في كتب الفقه و الأصول لم أجد من عرّف المعدوم شرعا تعريفا اصطلاحيا ولكنني وجدت أخيرا تعريفا للمعدوم شرعا في معجم لغة الفقهاء حيث قال :

المعدوم حقيقة : الذي ليس له صورة في الخارج ، و **المعدوم حكما :** الذي حكم الشرع بعدمه و إن كانت له صورة في الخارج .⁽¹⁾

والفقهاء عندما يطلقون لفظ المعدوم دون التقييد بالمعدوم شرعا فإنهم يقصدون به : المعدوم الحسيّ ، فعلى سبيل المثال يشترطون لصحة العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم فلا ينعقد عندهم بيع المعدوم و ما له خطر العدم ، كالحمل و اللبن في الضرع و الثمر قبل بدو صلاحه .⁽²⁾

تطلق كلمة الشرع و الشريعة في كلام العرب على عدّة معان منها :

الطريقة و المذهب المستقيم⁽³⁾ و تطلق على مشرعة الماء وهو مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون وربما شرعوها دوابهم حتى تشرعها وتشرب منها والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء عداً لانقطاع له ويكون طاهراً معيناً لا يسقى بالرشاء⁽⁴⁾.

وشرع الدين يشرعه شرعاً أي سنّه وفي التنزيل: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾⁽⁵⁾.

فالشرع في كلام العرب ما يحتاجه الناس من موارد الماء ليستقون منه فكأنّما سنّ الله و شرعه كالماء الزلال ، فيه حياة الناس فلا غنى لهم عنه كما لا غنى لهم عن الماء .

و الشريعة اصطلاحاً : هي الأحكام التي شرعها الله لعباده سواء كان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل أو تقرير .⁽⁶⁾

فالمعدوم شرعا الوارد في القاعدة يعني : أنّ ما لا قيمة له في نظر الشرع وجوده كعدمه .

1 (محمد قلجعي ، معجم لغة الفقهاء ، ج2 ص 36 . دار النفائس للطباعة و النشر ، ط2 ، 1408 ، لبنان .

2 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج5 ص 8 . بإشراف مكتب البحوث و الدراسات ، 1415هـ ، دار الفكر ، بيروت .

3 (مجموعة مؤلفين ، المعجم الوسيط ، ج1 ص 995 .

4 (ابن منظور ، لسان العرب ، ج8 ، ص175 .

5 (سورة الشورى : آية 13 .

6 (عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص 34 .

و من خلال قراءتي حول قاعدة المعلوم و تطبيقاتها في الفقه و الأصول ، و فهمي لهذه القاعدة و دراستي لتطبيقاتها ، أستطيع أن أعرفها فأقول :

أنّ المعلوم شرعا من حيث الاصطلاح يعني : ما لا يعتبر الشارع قيمة لوجوده من حيث ترتب الآثار الشرعية عليه .

المطلب الثالث : المعنى اللغوي لكلمة حسا .

تطلق كلمة الحس في اللغة على عدة معان منها :

الصوت الخفي : حسس : الحس والحسيس ، قال تعالى : ﴿ لَا يَسْمَعُونَ حَسِيسَهَا وَهُمْ فِي مَا اشْتَهَتْ أَنْفُسُهُمْ خَالِدُونَ ﴾ ⁽¹⁾ . ومن معاني حسّ ما يدرك بالحواس .

والحس بكسر الحاء من أحسست بالشئ يحس حساً وحسيّاً وأحس به وأحس شعر به .

وقال ابن الأثير : الإحساس العلم بالحواس و حس مشاعر الإنسان كالعين و الأذن و الأنف و اللسان واليد و حواس الإنسان . ⁽²⁾

تحس الخبر تطلبه وتبحث عنه وفي التنزيل : ﴿ يَا بَنِي آدَمُ أَذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ يُوسُفَ وَأَخِيهِ وَلَا تَبْسُوْا مِنْ رُوحِ اللَّهِ ﴾ ⁽¹⁾ قال اللحياني ⁽²⁾ : تحس فلاناً : أي تبحث عنه .

1 (سورة الأنبياء : آية 102 .
2 (الرازي ، محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، ج 1 ص 167 من مادة (حسس) ، تحقيق محمود خاطر ، مكتبة لبنان بيروت . ، 1415هـ .

ومن معاني كلمة حسا : وجود الشيء و الشعور به .

وقال الفراء : في قول الله تعالى ﴿ فَلَمَّا أَحَسَّ عِيسَى مِنْهُمْ الْكُفْرَ قَالَ مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ ﴾ (3) وفي

قوله تعالى : ﴿ هَلْ تَحَسُّ مِنْهُمْ مِنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا ﴾ (4) معناه : فلما وجد عيسى منهم الكفر . (5)

و الإحساس الوجود تقول في الكلام هل أحسست منهم أحدا ؟

قال الأخفش (6) : أحسست معناه ظننت ووجدت وفيه قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا أَحَسَّ عِيسَى مِنْهُمْ

الْكُفْرَ قَالَ مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ ﴾ (7) (8)

يلاحظ على التعريفات اللغوية السابقة : أن معنى المحسوس يدور حول وجود الشيء أو إدراك وجوده بالحواس ، فهو عكس المعلوم الذي هو غير موجود . فإذا كان الشيء محسوسا كان ذلك دليل وجوده .

-
- 1 (سورة يوسف : آية 87 .
 - 2 (هو علي بن الحسن وقيل ابن المبارك الختلي أو الحسن البغدادي المعروف بالحياتي من بني لحيان غلام الكسائي. توفي في حدود سنة 210 عشر ومائتين له كتاب النوادر المشهورة ، و كثيرا ما يستشهد ابن منظور وغيره من علماء اللغة بكتابه النوادر في معاجمهم . هدية العارفين [ج 1 ص 353]
 - 3 (سورة آل عمران : آية 52 .
 - 4 (سورة مريم : آية 98 .
 - 5 (الرازي ، مختار الصحاح ، ج 1 ص 167 من مادة (حسس) ، و انظر : - ابن منظور ، لسان العرب ج 6 ص 49 من مادة (حسس) . و - الزبيدي ، تاج العروس ، ج 1 ص 3894 .
 - 6 (هو سعيد بن مسعدة أبو الحسن الأخفش الأوسط تلميذ سيبويه من أهل بلخ وكان أجلع : وهو الذي لا تنضم شفتاه ولا تنطبق على أسنانه والأخفش : الصغير العينين مع سوء بصرهما سكن البصرة وكان أسن من سيبويه وكان معتزليا يقول : ما وضع سيبويه في كتابه شيئا إلا وعرضه علي وكان يرى أنه أعلم به مني وأنا اليوم أعلم به منه . [أبجد العلوم ج 3 ص 40]
 - 7 (سورة آل عمران : آية 52 .
 - 8 (الرازي ، مختار الصحاح ، ج 1 ص 167 من مادة (حسس) .

المبحث الثاني

المعنى الإجمالي للقاعدة

قاعدة : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) تعني : أن الاعتداد في تقدير الأمور على الحقيقة إنما هو بالشرع فما اعتد به الشرع و أثبتته فهو موجود و لو لم يكن له وجود حسي في الخارج ، و ما أهمله الشارع و ألغاه فهو غير موجود ولو كان ماثلا للعيان و قد جاء في القرآن الكريم تنزيل الموجود منزلة المعدوم لعدم نفعه ، قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يُوْثُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يُتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ﴾ (1) فوصفوا بالجهالة حيث لم ينتفعوا بعلمهم (2).

1 (سورة النساء آية 17 .
2 (الصادق الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 17 .

وقال تعالى : ﴿ أَوْ مَن كَانَ مِيثًا فَأَخْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ ﴾ (1) . فجعلت الآية الحياة مع

الكفر موتا و الإيمان بعد الكفر حياة مع أنّ الحياة الحسنيّة موجودة مع الكفر ولكنها كالعدم لأنها مع الشرك صارت معدومة . (2)

فإنّ ما جعل الشارع له اعتبارا و قيمة ووجودا فهو موجود ، وما لم يعتبر الشارع اعتبارا لوجوده يصبح وجوده كعدمه من حيث ترتب الآثار الشرعيّة على هذا الوجود ، فالعبادة إذا وجدت صورتها الحسنيّة على خلاف ما أمر الشارع و كان الخلل في أركانها أو شروطها تصبح هذه العبادة و كأنها غير موجودة ، فيلزم المؤدي القضاء و لا يعتد بهذه العبادة و لا معنى و لا قيمة لوجودها الحسي ، فالنبي صلى الله عليه و سلم ، قال للمسيء في صلاته : "ارجع فصل فإنك لم تصل" (3) مع أنّ هذه الصلاة وجدت صورتها الحسنيّة لكنها لمّا كانت معدومة شرعا جعلت كالمعدومة حسا .

و العقود الباطلة التي نهى الشارع عنها لا تترتب عليها آثار شرعيّة فعقد النكاح على المحارم باطل من حيث ثبوت النسب و كذا الزواج بالكافرات ؛ لأنّ الخلل في ركن العقد و عقد البيع على المحرّم لذاته كالخمر و الخنزير و الميتة ، لا يعتدّ به شرعا ؛ لأنها ليست مالا في نظر الشرع و لا قيمة لها مع وجود هذا العقد بصورته الحسنيّة . لكنه لمّا دخل الخلل على ماهيّته من حيث العوض الفاسد الذي ليس له قيمة و لا منفعة في نظر الشرع حتى لو كان للخمر سوق رائجة و تجارة رابحة حسّا لكنّها لمّا عدمت المنفعة شرعا أصبحت كالمعدومة حسّا ، فلا يترتب على هذا البيع ملك و لا ضمان على المتلف لعدم اعتبار ملكيّتها شرعا ، وأقوال فاقد الأهليّة لا يترتب عليها الأثر

1 (سورة الأنعام آية 122 .

2 (الصادق الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 17 و 18 . و انظر : البغوي ، الحسين بن مسعود ، معالم التنزيل ، ج 1 ص 184 .

3 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب صفة الصلاة ، باب حد إتمام الركوع ، ج 1 ص 274 حديث 760 .

الشرعي ، فلا يصح بيعه و لا شراؤه و لا عتقه و لا هبته و لا شيء من التصرفات التي تجلب له ضرراً محضاً . (1)

فالعبرة بترتب الآثار هو اعتبار الشارع ، و (المعوم شرعاً كالمعوم حسداً) .
فكل ما كان في الشرع غير معتبر الوجود لفساد شيء في صورته و في هيئته أو لاختلال ركن في حقيقته و ماهيته فإنه من حيث الحكم عليه يعتبر كالمعوم حقيقة ، و ذلك كانعقاد عقد من العقود على وجه فاسد شرعاً فإن وجوده كعدمه في نظر الشرع ؛ لأنه لمّا كان غير موافق للشرع صار كالمعوم أصلاً . (2)

المبحث الثالث

أدلة قاعدة المعوم شرعاً كالمعوم حسداً

إن الاعتداد بالأمر الشرعي إنما يكون بموافقتها لأمر الشارع إذ هو مصدر الشرع فما جاء مخالفاً لأمره يقتضي أن يكون فاسداً و لا يعتد به وإن قاعدة المعوم تثبت بدليل الكتاب والسنة والقياس والمعقول .

1. أدلة الكتاب : قوله تعالى : ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ

لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (3) .

وجه الدلالة : أن ما لم يأذن به الله مردود وغير مقبول قال ابن كثير في تفسيره للآية الكريمة : أي هم لا يتبعون ما شرع الله لك من الدين القويم بل يتبعون ما شرع لهم شياطينهم من الجن و

1 (البزدوي ، أصول البزدوي ، ج 1 ص 227 . و السرخسي ، أصول السرخسي ، ص 348 .

2 (محمد الروكي ، نظرية التقعيد و أثرها في اختلاف الفقهاء ، ص 455 .

3 (سورة الشورى : آية 21 .

الإنس من تحريم ما حرموا عليهم من البحيرة و السائبة و الوصيلة و الحام⁽¹⁾ وتحليل الميتة والدم و القمار إلى نحو ذلك من الضلالات والجهالة الباطلة التي كانوا قد اخترعوها في جاهليتهم من التحليل والتحريم والعبادات الباطلة و الأقوال الفاسدة⁽²⁾ .

قوله تعالى ﴿ أَوْ مِنْ كَانَ مِيتًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ كَمَنْ مِثْلُهُ فِي الظُّلُمَاتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا

﴿⁽³⁾ . و وجه الدلالة : جعلت الآية الحياة مع الكفر موتاً و الإيمان بعد الكفر حياة مع أن الحياة

الحسية موجودة مع الكفر لكنها كالعدم لأنها مع الشرك صارت معدومة مضمحلة⁽⁴⁾ .

2. أما من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق عليه : " من أحدث في أمرنا

هذا ما ليس منه فهو رد " ⁽⁵⁾

قال الإمام النووي : قال أهل اللغة : الرد هنا بمعنى المردود ومعناه فهو باطل غير معتد به 00000 وفي الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين أن النهي يقتضي الفساد ومن قال لا يقتضي الفساد يقول هذا خبر واحد و لا يكفي في إثبات هذه القاعدة المهمة وهذا جواب فاسد⁽⁶⁾ .

3. حديث المسيء صلاته : أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فدخل رجل فصلّى ثم

جاء فسلم على الرسول صلى الله عليه وسلم فرد النبي صلى الله عليه وسلم عليه و سلم عليه السلام فقال "

ارجع فصل فإنك لم تصل " . فصلّى ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فقال " ارجع

فصل فإنك لم تصل " . ثلاثا فقال والذي بعثك بالحق فما أحسن غيره فعلمني قال : " إذا قمت إلى

الصلاة فكبر وقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راکعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم

اسجد حتّى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم افعل ذلك في

صلاتك كلها " ⁽⁷⁾

(1) روى البخاري عن سعيد بن المسيب قال : البحيرة التي يمنع درها للطواغيت فلا يحلها أحد من الناس و السائبة التي كانوا يسيبونها لآلهتهم فلا يحمل عليها شيء و الوصيلة الناقة البكر تكرر في أول نتاج الإبل بأنثى ثم تثني بعد بأنثى وكانوا يسيبونها لطواغيتهم إن وصلت إحداها بأخرى ليس بينهما ذكر و الحام فحل الإبل يضرب الضراب المعدودة فإذا قضى ضرابه ودعوه للطواغيت وأغفوه من أن يحمل عليه شيء و سموه الحامي . [تفسير الجلالين ج 1 ص 157]

(2) ابن كثير ، إسماعيل (774هـ) ، تفسير القرآن العظيم ، ج 4 ص 120 ، دار المعرفة - بيروت ، ط 1412هـ .

(3) سورة الأنعام : آية 12 .

(4) الغرباني ، الصادق بن عبد الرحمن ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 17 .

(5) البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، ج 2 ص 959 حديث 2550 . و - مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب الأفضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ، ج 5 ص 132 حديث 4589 .

(6) النووي ، يحيى بن شرف (676هـ) ، المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ج 12 ص 16 . ط 2 دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1392هـ .

(7) البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب صفة الصلاة ، باب حد إتمام الركوع ، ج 1 ص 274 حديث 760 .

وجه الدلالة: أنّ هذا الرجل المسيء صلاته كان يظن نفسه قد أدى الصلاة و لكن نبهه النبي صلى الله عليه وسلم ، أنّ هذه الصلاة يستوي وجودها و عدمها ، نظرا للخلل في أركانها ، فقال له : إرجع فصل فإنك لم تصل ، فهذه الصلاة معدومة شرعا و إن وجدت حسا فالصورة الحسية للصلاة وحدها لا تعني وجود شرعي فتبين من هذا الدليل أنّ اعتبار الوجود و العدم في التصرفات الشرعية إنما هو بالشرع ، فما أثبتته الشرع فهو موجود و ما نفاه و ألغاه فهو معدوم .

و أما الإجماع فقد استدل ابن عمر رضي الله عنه على بطلان نكاح المشركات ولم ينكر عليه منكر فكان إجماعا (1) .

المبحث الرابع

مكانة قاعدة (المعدوم حسا كالمعدوم شرعا)

قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) من القواعد ذات الأهمية البالغة لكثرة تطبيقاتها الأصولية و الفقهية ، وهذه القاعدة ليست محل اتفاق بين العلماء و يظهر ذلك من خلال تطبيقات القاعدة والسبب الرئيس في كثرة اختلافهم حولها يرجع إلى اختلافهم حول قاعدة أصولية وثيقة الصلة بهذه القاعدة حتى أنهم عندما يذكرون هذه القاعدة : (هل المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ؟) يقولون و هل النهي يقتضي الفساد ؟ و كأن هناك ترادفا بين القاعدتين أو كأنهم يفسرون هذه بتلك (2) .

ولقد ذكر الإمام القرافي هذه القاعدة في الفرق السبعين في كتاب الفروق ، في الفرق بين اقتضاء النهي الفساد في نفس الماهية و بين اقتضاء الأمر الفساد في أمر خارج عنها وقال : في سياق بيانه لمذهب الإمام أحمد : و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا . وقد جاء في الفروق :

1 (الغزالي ، أبو حامد (ت505هـ) المستصفى في علم الأصول ، ص 222 ، ط 1417هـ ، دار الكتب العلمية بيروت .

2 (المنجور ، شرح المنهج المنتخب ، ص 110 . و - الصادق الغرباني ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 17 . - الونشريسي ، إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص 138 .

وكذلك الوضوء بالماء المغصوب معدوم شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ومن صلى بغير وضوء حسا فصلاته باطلة فكذلك المتوضئ بالماء المغصوب و المصلي بالثوب المغصوب و المسروق و الذابح بالسكين المغصوبة فهي معدومة شرعا فتكون معدومة حسا ومن فرى الأوداج بغير أداة حسا لم تأكل ذبيحته و ذبيحة الذابح بسكين مغصوبة لا تأكل . (1)

أقول بناءً على الترابط بين قاعدة (النهي يقتضي الفساد) و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) ، فإن الاختلاف في قاعدة النهي يقتضي الفساد ، انبثق عنه خلاف حول قاعدة : المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

و تنسب هذه القاعدة إلى الفقه المالكي حيث جاء في قواعد المقرّي : أن المشهور من مذهب مالك أن المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة . (2)

و ذكرها المقرّي في كتابه القواعد فقال : المشهور من مذهب مالك أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا (3)

وذكرها الونشريسي (4) بصيغة الاستفهام فقال : المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسا ؟ (5) . و ذكرها المنجور (6) فقال : هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم لا ؟ وهل النهي يصير المنهي عنه مضمحلا كالعدم أم لا . (7) ولقد بين الأستاذ الصادق الغرباني واستدل لها بقوله : إن الاعتداد في تقدير الأمور على الحقيقة إنما هو الشرع فما اعتد به الشرع و أثبتة فهو موجود وما أهمله الشرع و ألغاه فهو غير موجود ولو كان ماثلا للعيان .

ولقد وضّح الدكتور محمد الروكي أن هناك ترابطا بين هذه القاعدة والقاعدة الأصولية : (النهي يقتضي الفساد) ووجه الارتباط بأن النهي عن الشيء إذا اعتبرناه يقتضي الفساد فهو كالمعدوم شرعا إذا اعتبرناه كالمعدوم حسا والنهي عن الشيء إذا اعتبرناه لا يقتضي الفساد فهو كالمعدوم

1 (القرافي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، 514 .

2 (انظر : المقرّي ، القواعد ، ج2، ص250، نقلا عن كتاب الصادق الغرباني ، تطبيقات الفقه عند المالكية ص 121 . و المنجور : شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص 110 .

3 (الونشريسي ، أحمد بن يحيى ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص138 ، تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي صندوق إحياء التراث الإسلامي . الرباط - المغرب ، 1400هـ .

4 (هو الإمام حافظ المذهب المالكي بالمغرب أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن عليّ الونشريسي التلمساني الأصل والمنشأ ، الفاسي الدار والمدفن ، هو الذي قال عنه ابن غازي : "لو أن رجلا حلف بالطلاق أنه أحاط بمذهب مالك أصوله وفروعه لم تطلق عليه زوجته لكثرة حفظه وتبحره " .

وكانت وفاة الونشريسي سنة 914 بفاس . [فهرس الفهارس ج 2 ص 1122]

5 (الونشريسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص138 .

6 (هو الإمام علامة فاس ومسندها أحمد ابن كبير دار المملكة الوطاسية وأمينها والقيم على أمورها أبي الحسن علي بن الأمين أبي زيد عبد الرحمن المنجور المتوفي بفاس سنة 995 قال الأفراني انفرد عن أهل زمانه بمعرفة تاريخ الملوك والسير والعلماء على طبقاتهم ومعرفة أيامهم . [فهرس الفهارس والأثبات ج 1 ص 490]

7 (المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ج1 ص110 ، تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، دار عبد الله الشنقيطي للنشر .

شريعاً إذالم نفسه على المعدوم حساً و أوضح أن القياس أصلقاعدة المعدوم شريعاً كالمعدوم حساً (1).

وفي الحقيقة أنّ قاعدة (المعدوم شريعاً كالمعدوم حساً) ليست قاعدة خاصّة بالمذهب المالكي ، وإن كانت قد وردت بهذا اللفظ في كتب القواعد عندهم ، فمع هذا فإنّ لها تطبيقات في كافّة المذاهب ، و لقد توسّع الحنابلة (2) و الظاهرية (3) في الأخذ بهذه القاعدة أكثر من المالكية أنفسهم بناءً على توسعهم في قاعدة النهي يقتضي الفساد كما سيتبين ، و لقد ذكرها الإمام العز بن عبد السلام في كتاب القواعد الكبرى (4) بالمعنى عندما ذكر التقدير على خلاف التحقيق ، فقال :

من ذلك إعطاء الموجود حكم المعدوم ، وضرب لذلك مثالين ، أحدهما : وجود الماء يحتاج إليه المسافر لعطشه أو لقضاء دينه أو لنفقة ذهابه و إيباه أو لزيادة ثمنه على ثمن مثله فإنّه يقدر معدوماً مع وجوده ، فهو مع الوجود الحسّي يكون معدوماً شريعاً .

و المثال الثاني وجود المكفّر الرقبة مع احتياجه إليها و اعتماده عليها فإنها تقدر معدومة لينتقل إلى بدلها .

فيتبين من خلال البحث أنّ هذه القاعدة ليست خاصّة بمذهب معين بل هي قاعدة لها تطبيقات في جميع المذاهب الفقهيّة ، مع تفاوت المذاهب في ذلك.

ويتضح لنا أنّ لقاعدة المعدوم شريعاً أهمية كبيرة في تخريج كثير من الفروع على أصولها وذلك من خلال ارتباط هذه القاعدة بكثير من المسائل الأصولية التي لها تطبيقات في الفروع سواء كان في العبادات أو المعاملات على ما سيأتي بيانه بحول الله تعالى .

1 (محمد الروكي ، نظرية التقعيد و أثرها في اختلاف الفقهاء ، ص 455 ، دار ابن حزم ودار الصفا .

2 (ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ، ص 339 .

3 (ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1404 هـ .

4 (العز بن عبد السلام (ت669هـ) ، القواعد الكبرى الموسوم ب(قواعد الأحكام في إصلاح الأنام) ج 2 ص 205 ، ط 1 سنة 2000م دار القلم دمشق .

المبحث الخامس

أسباب الانعدام الشرعي

هنالك أسباب تجعل الشيء معدوماً و غير معتبر الوجود شرعاً ، ككون الشيء منهيًا عنه وما شابه ذلك و نستطيع أن نقسم هذه الأسباب إلى أسباب متفق عليها و أسباب مختلف فيها و نذكر أهم أسباب الانعدام الشرعي .

المطلب الأول : الأسباب المتفق عليها :

1. كون الشيء المعدوم منهيًا عنه لذاته : كبيع الخمر والخنزير فإن هذه البيوع لا تترتب عليها أثر عقد البيع ؛ لأن الخمر والخنزير ليست لهما منافع في نظر الشرع وليست مالاً متقوِّماً فيكون العقد باطلاً ؛ لأنه عقد على معدوم مع أن للخمر والخنزير صورة حسية (1) فالنهي يتجه إلى ذات الفعل و وجوده و كيانه و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) .

2. أن يكون الشيء المعدوم فاقداً لركن من الأركان أو شرطاً من الشروط كالصلاة بلا طهور أو الإخلال بالسجود و الركوع في الصلاة ، فإن الخلل في هذه الأركان يجعل العبادة كأنها غير موجودة فلا تسقط القضاء ، و العقد كأنه غير موجود فلا يترتب عليه أثر العقد الصحيح ، ذلك لأن الخلل جوهرى في ذات الفعل و كيانه والعلماء يعرفون الركن : بأنه ما يتوقف الشيء على وجوده و كان داخلاً في ماهيته (2) فالركن ما يوجد الشيء بوجوده و ينعدم بانعدامه كالإيجاب و القبول في

1 (القرافي ، الفروق ، ج 1 ، ص 512 .

2 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج 1 ص 433 .

عقد الزواج (1). و فقدان الشرط يخل بالحقيقة الشرعية ، و الشرط هو ما كان خارجا عن ماهية الشيء وحقيقته ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولكن يلزم من عدمه عدمه . فالصلاة بلا طهور لا تسقط الفرض و يترتب على من صلى هذه الصلاة القضاء .

3. وجود المانع الشرعي : كالقتل الذي يمنع الميراث فالإبن يستحق أن يرث أباه ولكنه إذا قتله يحرم من هذا الميراث فتصبح البنوة التي هي سبب الإرث للولد من والده في حكم المعدومة ولا يترتب أثر البنوة وهي الإرث وكذا إذا اختلفت الدار بين الوارث والمورث (2) .

4. الرخصة و عفو الشارع : فلقد ذكر الإمام الونشريسي أن قاعدة المعدوم يدخل فيها عفو الشارع ، فإن ما عفى عنه الشارع يكون في منزلة المعدوم مع وجوده حسداً ، فقال : إن الراعف في صلاته مأذون له في قتل الدم بأنامل يسراه العليا و ذلك معفو عنه ، فإذا زاد رشح الدم و قتله المصلي بلأنامل الوسطى فالزائد يقدر بنفسه مستقلاً ، إن بلغ قدر الدرهم ، أو زاد عنه ، قطع المصلي لأنه صار حامل لنجاسة غير معفو عنها ولا ينظر في تقدير الدرهم لما أصاب الأنامل العليا لعفو الشارع عنها ، و المعدوم شرعاً كالمعدوم حسداً . (3)

وإن وقوع الفعل في مرتبة العفو هو من جعل الموجود حسداً معدوماً شرعاً ، و قد ذكر ذلك الإمام العز بن عبد السلام (4) في باب التقدير على خلاف التحقيق وأنه يعطى الموجود حكم المعدوم فإن وجود الماء الذي يحتاج إليه المسافر لعطشه أو لقضاء دينه أو لنفقة ذهابه و إيباه أو لزيادة ثمنه على ثمن مثله فإنه يقدر معدوماً مع وجوده ، و جعل الرخصة من أسباب الانعدام قد يبدو بعيداً عن القاعدة و أنه لا علاقة بين عفو الشارع و بين العدم الشرعي .

و لكنني أرى أن من أسباب الانعدام عفو الشارع ويؤيد فهمي هذا :

أولاً : أن علماء المالكية في شرحهم لهذه القاعدة جعلوا من التطبيقات على عدم اعتبار الدم الزائد على الأنامل العليا من جملة الدم الذي يعتبر صاحبه حاملاً للنجاسة فتبطل بذلك الصلاة و عللوا ذلك بأن الدم المعفو عنه معدوم و المعدوم شرعاً كالمعدوم حسداً . (5)

1 (د. عبد العزيز عزت عبد الجليل ، تعريفات و مصطلحات فقهية معاصرة ، ج 1 ص 5 .

2 (الأمدي ، علي بن محمد (ت 631هـ) الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ، ص 3 ، علق عليه الشيخ عبد الرحمن عفيفي ، دار ابن حزم ، ط 1 1424 هـ . و

- الشاطبي إبراهيم بن موسى (ت 790هـ) ، الموافقات ، ج 2 ، ص 5 تحقيق عبد الله دراز ، دار المعرفة بيروت .

3 (الونشريسي ، إيضاح السالك إلى مذهب الإمام مالك ، ص 138 . و انظر : الروكي ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 18 .

4 (العز بن عبد السلام ، القواعد الكبرى ، ج 2 ص 205 .

5 (الونشريسي ، إيضاح السالك إلى مذهب الإمام مالك ، ص 138 .

ثانياً: إنّ العلماء من مختلف المذاهب يذكرون أن بعض النجاسات مغفوة عنها رغم وجودها الحسي ، فهذا يعني أنّ النجاسة يستوي وجودها و عدمها من الناحية الشرعية ، فلا يترتب عليها ما يترتب على النجاسة غير المغفوة عنها ، و هذا معنى المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

المطلب الثاني : أسباب الانعدام المختلف فيها .

1. كون الشيء المعدوم منهياً عنه لوصفه لا لذاته : كالعقود المشتمة على الربا فالحنفية يعتبرون هذه العقود عقوداً فاسدة لا باطلة وهي مرتبة بين الصحيح و الباطل فالباطل ما كان فيه خلل بأصله و الصحيح ما ليس فيه خلل لا بأصله و لا بوصفه ، أمّا الفاسد فهو صحيح بأصله فاسد بوصفه ، فعقد الربا صحيح بأصله كسائر عقود البيع لكنه فاسد بوصفه ، و فساد الوصف لا يوجب البطلان بما يعني أنه لا يوجب الانعدام كالمحرم لذاته ، أمّا الجمهور فلا يفرقون بين المحرم لذاته و المحرّم لوصفه فكلاهما يوجب البطلان ، و البطلان و الفساد بمعنى واحد عند الجمهور ، فالعقد المشتمة على الربا عند الجمهور باطل لا يفيد الملك سواء اتصل به القبض أم لا أمّا الحنفية فيقولون إنه فاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض . (1)

2. الفعل المنهى عنه لا لذاته ولا لوصفه الملازم بل لوصفه المجاور : كسفر المعصية فان العاصي بسفره لا يجوز له قصر الصلاة على قول جمهور الفقهاء على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . فمع وجود علّة القصر وهو السفر صار السفر كالمعدوم فحكمه حكم الحظر وكذا الزواج من المحارم حكمه حكم المعدوم (2) .

1 (البزدوي ، علي بن محمد الحنفي (ت656هـ) أصول البزدوي كنز الوصول إلى معرفة الأصول ، ص 55 ، الناشر : مطبعة جاويد بريس - كراتشي . و انظر - الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص 155 . و انظر - د. فتحي الدريني ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ص 721 . و الرازي ، المحصول ، ج1 ص 112 .

2 (الحصني ، أبي بكر بن محمد (ت829هـ) ، كتاب القواعد ج3 ص 55 ، ط1 ، مكتبة الرشيد - الرياض ، 1415هـ.

المبحث السادس

القواعد ذات الصلة بقاعدة : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا)

1) قاعدة : (النهي يقتضي الفساد) (1) .

النهي لغة : معناه المنع ، و في الاصطلاح: هو استدعاء ترك الفعل بالقول مما هو دونه (2) أو هو القول الدال الإنشائي الدال على طلب كف عن فعل على جهة الاستعلاء ، فخرج الأمر لأنه طلب فعل من غير كف ، و خرج الالتماس و الدعاء لأنه لا استعلاء فيهما . (3)

وقاعدة (النهي يقتضي الفساد) من القواعد ذات الصلة الوثيقة بقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) حتى أنّ كثيرا من العلماء يعرف هذه بتلك فكأنّ القاعدتان مترادفتان ، و في الحقيقة أنّ الصلة وثيقة جدا بين القاعدتين ، فإنّ من أهم أسباب الانعدام كون الشيء المعدوم شرعا منهيا عنه أو حراما ، فالمنهي عنه لذاته اتفق العلماء على أنه باطل و لا يعتد به شرعا ، فهو في

1 (الأمدى ، الأحكام ، ج2 ص 231 .

و انظر العلاني ، تحقيق المراد في أنّ النهي يقتضي الفساد ، ص 1 .

2 (السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ج1 ص 111 .

3 (عبد القادر بدران الدمشقي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق عبد المحسن التركي ، ج1 ص 232 .

حكم المعلوم . (1) وأن المنهي عنه لا لذاته بل لوصفه اللازم فالجمهور على أنه معدوم شرعا أي لا تترتب عليه الآثار الشرعية وأنه باطل . (2)

و الباطل : هو الذي لا يكون صحيحا بأصله . وما لا يعتد به ولا يفيد شيئا . وما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام الأهلية أو المحلية كبيع الحر وبيع الصبي . (3) أمّا الحنفية فقد ذهبوا إلى أن المنهي عنه لا لذاته بل لوصفه اللازم فاسد لا باطل لأن النهي متعلق بالوصف لا بالموصوف ، فيقتضي فساد الوصف فقط ، و لا أثر للوصف على أصل الفعل و القول ، فيبقى مشروعاً في أصله و سببا منعقدا تترتب عليه بعض آثاره ، قال السرخسي (4) :

البيع الفاسد يكون مشروعاً بأصله موجبا لحكمه وهو الملك إذا تأيد بالقبض ، لأن المشروع إيجاب وقبول من أهله في محله وبالشرط الفاسد لا يختل شيء من ذلك ، ألا ترى أن الشرط لو كان جائزا لم يكن مبدلا لأصله بل يكون مغيرا لوصفه، والشرط الفاسد لا يكون معدما لأصله أيضا بل يكون مغيرا لوصفه فصار فاسدا ، وليس من ضرورة صفة الفساد فيه انعدام أصله لأن بالفساد يثبت صفة الحرمة ، وهذا السبب مشروع لإثبات الملك ، وملك اليمين مع صفة الحرمة يجتمع ، ألا ترى أن من اشترى أمة مجوسية أو مرتدة يثبت الملك له مع الحرمة ، وأن العصير إذا تخمر يبقى مملوكا له مع الحرمة فلماذا أثبتنا في البيع الفاسد ملكا حراما مستحقا الدفع لفساد السبب ولم ينعدم به أصل المشروع بخلاف النكاح الفاسد فإنه ليس في النكاح إلا ملك ضروري يثبت به حل الاستمتاع ، ولهذا سمي ذلك الملك حلالا في نفسه ، ومن ضرورة فساد السبب ثبوت صفة الحرمة ، وبين الحرمة وبين ملك النكاح منافية فينعدم الملك ، ومن ضرورة انعدامه خروج السبب من أن يكون مشروعاً ، لأن الأسباب الشرعية تراد لأحكامها وثبوت النسب ووجوب المهر والعدة من حكم الشبهة لا من حكم أصل العقد شرعا ، وهذا الكلام يتضح في النكاح بغير شهود ، فإن قوله عليه السلام : " لا نكاح إلا بشهود " (5) إخبار عن عدمه بدون هذا الشرط فيكون نفيا لا نهيا ، بمنزلة

1 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ص 80 . و الحصري ، كتاب القواعد ، ج 3 ص 52 . و القرافي ، كتاب الفروق ج 2 ص 515 . و السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ص 140 .

2 (السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ج 1 ص 149 . و القرافي ، الفروق ، ج 2 ص 515 .

3 (الجرجاني ، علي بن محمد (ت 816هـ) ، التعريفات ، ج 1 ص 61 ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، ط 1 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1405هـ .

4 (هو محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أبو بكر ، شمس الأئمة فقيه أصولي محدث من كبار الأحناف مجتهد من أهل سرخس ، بلدة قديمة من بلاد خراسان ، أشهر كتبه المبسوط في الفقه و الشريعة أملاه و هو سجين بالجلب في أوزجند (بفرغانة) و شرح السير الكبير لمحمد الشيباني ، توفي سنة 483 في فرغانة -] السمعاني ، الأنساب ، ج 3 ص 244 ، الزركلي ، الأعلام ، ج 5 ص 315 .

5 (هذا الكلام ليس من قول النبي صلى الله عليه وسلم وقد ذكره الترمذي في السنن على أنه من أقوال الصحابة و التابعين فقد جاء في باب لا نكاح إلا بولي تعقبا على الحديث : " العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، ومن بعدهم من التابعين وغيرهم . قالوا : لا نكاح إلا بشهود " [الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، حديث 1128 ، ج 4 ص 398]

قول الرجل لا رجل في الدار ، وكذلك في نكاح المحارم ، فإن النص الوارد فيه تحريم العين بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ إلى آخر الآية ⁽¹⁾ ولا يجتمع الحل والحرمة في محل واحد فكان ذلك نفياً للحل بالنكاح لا نهياً، وكذلك نكاح المعتدة فإن قوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ⁽²⁾ معطوف على قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ معناه: وحرمت المحصنات من النساء، وذلك عبارة عن منكوحة الغير و معتدته فيكون نفياً لا نهياً ، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ⁽³⁾ فقد ظهر بالدليل أن الحرمة الثابتة بالمصاهرة هي الثابتة بالنسب على أن تقوم المصاهرة مقام النسب في ذلك ، فكان تقديره: وحرمت عليكم ما نكح آبائكم ، وتصير صورة النهي عبارة عنه مجازاً باعتبار هذا المعنى فكان نفياً كما هو موجب النسخ لا نهياً ، وكذلك قوله عليه السلام : " لا تنكح الأمة على الحرة " ⁽⁴⁾ فإنه إخبار فيكون نفياً للنكاح مع أن الدلالة قد قامت على أن الأمة من جملة المحرمات مضمومة إلى الحرة فإن الحل فيه على النصف من حل الحرة ، ومن ضرورة حرمة المحل انتفاء النكاح المشروع فيه ، وعلى هذا عقد الربا فإنه نوع بيع ولكنه فاسد لا لخلل في ركنه بل لانعدام شرط الجواز وهو المساواة في القدر فكما أن بوجود شرط مفسد لا ينعقد أصل المشروع فكذلك بانعدام شرط مجوز لا ينعقد أصل المشروع وثبت ملك حرام به كما اقتضاه مثل هذا السبب. ⁽⁵⁾

و الأصل فيه حديث : " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " وهذا الحديث رواه أحمد والدارقطني والطبراني والبيهقي وفي سنده عبدالله بن محرز وهو متروك ورواه الشافعي من وجه آخر مرسلًا وقال : وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به . [ابن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير ، ج3 ص 156 .]

- 1 (سورة النساء : آية 23 .
- 2 (سورة النساء : آية 24 .
- 3 (سورة النساء : آية 22 .
- 4 (حديث " لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة " رواه الدارقطني من حديث عائشة مرفوعاً وتنكح الحرة على الأمة و لا تنكح الأمة على الحرة ذكره في أثناء حديث وفيه مظاهر بن أسلم وهو ضعيف وأخرجه الطبراني وعبد الرزاق وابن أبي شيبة مثله عن الحسن مرسلًا وعن علي أن الأمة لا ينبغي لها أن تنكح الحرة أخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني وعن جابر لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة أخرجه عبد الرزاق من طريقه بإسناد صحيح وعن سعيد بن المسيب ثم ابن أبي شيبة مثله . [ابن حجر العسقلاني (ت852هـ) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج 2 ص 56 ، تحقيق السيد عبد الله اليماني ، دار المعرفة بيروت]
- 5 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج1 ص 90 .

و قوام اجتهاد الحنفية في فقه هذه المسألة هو التوفيق بين مقتضى المشروعية و مقتضى النهي ، فلما كان الوصف اللازم لا يؤثر في نظرهم على حقيقة الموصوف فعلا أو قولاً ، قالوا : بانعقاد كل منهما ، سببا منتجا لبعض آثاره التي شرع لها ، مراعاة لمقتضى أصل المشروعية و قالوا : بفساد الوصف و مراعاة مقتضى النهي و بذلك أمكن التوفيق بين مقتضى المشروعية و مقتضى النهي .⁽¹⁾

وذهب جمهور الأصوليون⁽²⁾ إلى أنّ المنهي عنه لوصفه المجاور ليس بباطل و لا فاسد كالصلاة في الثوب المغصوب و الدار المغصوبة أنّ المصلي يلحقه إثم الغصب لكن هنالك انفكاك جهة ، فلا علاقة بين الغصب و الصلاة .

وذهب الحنابلة⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾ وجمهور الزيدية⁽⁵⁾ إلى أنّ النهي للوصف المجاور يقتضي الفساد⁽⁶⁾

على أنّ قاعدة المعدوم شرعا أعم من قاعدة النهي يقتضي الفساد ، فإنّ المعدوم لا يقتصر على باب النهي فقد يكون المعدوم شرعا من باب العفو الشرعي ، كالدّم الذي يقل عن قدر الدرهم و العفو عن النجاسات اليسيرة ، فهذه مع وجودها الحسّي تقدر معدومة شرعا و أيضا قد يكون المعدوم لعدم اعتبار الشارع الأهلية ، فالمجنون و الصغير ترفع عنه التكاليف الشرعية البدنية و العقود و التصرفات الصادرة عنه تعتبر لغوا لا قيمة لها و لا يترتب عليها الأثر الشرعي ، و قد يكون المعدوم فاقدا لشرط أو ركن ، كالصلاة الفاقدة ركنا من أركانها فهي معدومة لانتفاء الحقيقة الشرعية عنها ، فالمقصود بالصلاة المعتد بها شرعا ، هي الصلاة التي أمر بها الشارع بأركانها و شروطها لا بصورتها الحسية المجردة .

فلنحظ أنّ قاعدة المعدوم أعم من قاعدة النهي يقتضي الفساد ؛ لأن قاعدة النهي يقتضي الفساد تتعلق بصيغ النهي و دلالاتها ، أمّا قاعدة المعدوم شرعا فهي تشمل كل ما لم يعتد به الشارع سواء كان منها عنه أم لسبب آخر من أسباب الانعدام التي بيّناها .

1 (الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 722 . و - وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج 1 ص 239 .

2 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 8 ص 81 ، و الشاشي ، أصول الشاشي ، ج 1 ص 16 و القرافي ،

الفروق ، ج 1 ص 515 . و الحصني ، القواعد ج 3 ص 52 .

3 (ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ، ص 339 .

4 (ابن حزم ، إحكام الأحكام ، ج 1 ص 269 .

5 (الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 2 ص 69 .

6 (ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ، ص 339 فما بعدها . و - القرافي ، الفروق ج 2 ص 514 . و -

السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ج 1 ص 150 .

(2) قاعدة (الحقيقة الشرعية) (1) :

الحقيقة لغة : مأخوذة من الحق و هي تدل على إحكام الشيء و صحته . (2)

و الحقيقة عند الأصوليين : اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب . (3)

أما الحقيقة الشرعية : فهي استعمال الاسم الشرعي في ما كان موضوعا له أولا في الشرع، سواء كان الاسم الشرعي و مسماه لا يعرفهما أهل اللغة أو هما معروفان لهم . (4)

اختلف الأصوليون حول استعمال الشارع لألفاظ مثل : الصلاة و الصيام و ما شابه ذلك ، هل هي على سبيل الحقيقة حتى تدل في كلامه على تلك المعاني بلا قرينة أو على سبيل المجاز عن معانيها اللغوية ، فلا تحمل عليها إلا بقرينة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : وذهب إليه أبو بكر الباقلاني (5)، وهو أن الشارع لم يستعمل هذه الألفاظ إلا في الحقائق اللغوية و لم تنقل عنها إلى غيرها ، فالصلاة المراد بها الدعاء ، و لكن الشارع أقام أدلة أخرى على أن الدعاء لا يقبل إلا بشرائط مضمومة إليه . (6)

القول الثاني : وهو مذهب الرازي (7) و البيضاوي (8) و الغزالي (9) و ابن قدامة المقدسي (1) و الجويني (2) ، وهو أن استعمال الشارع لهذه الألفاظ لمناسبة بينها و بين معانيها اللغوية ، فيكون فيكون استعمال الشارع لها بذلك مجازات لغوية اشتهرت فصارت حقائق شرعية . (3)

1 () الأمدي ، الأحكام ، ج 1 ص 272 .

2 () أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج 2 ص 15 .

3 () الرازي ، المحصول ، ص 280 .

4 () الأمدي ، الأحكام ، ج 1 ص 272 .

5 () هو أبو بكر ، محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن قاسم البصري ، البغدادي ، المعروف بابن الباقلاني صاحب التصانيف وكان سيفاً على المعتزلة و الرافضة و المشبهة وقد ذكره القاضي عياض في طبقات المالكية و هو الملقب بسيف لسنة و لسان الأمة على لسان أهل الحديث و طريق أبي الحسن و انتهت إليه رئاسة المالكية في زمانه ، توفي سنة 403هـ و من كتبه : إعجاز القرآن و الإنصاف و دقائق الكلام و التقريب و الإرشاد [الزركلي ، الأعلام ، ج 6 ص 176] .

6 () محمد بن الطيب الباقلاني ، التقريب و الإرشاد ، ج 1 ص 387 تحقيق و تعليق عبد الحميد بن علي ط 1 1993 م مؤسسة الرسالة ، بيروت .

7 () هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين . ولد في الري بطبرستان ، أخذ العلم عن كبار علماء عصره ، حتى برع في علوم شتى واشتهر ، كان الرازي عالماً في التفسير و علم الكلام و الفلك و الفلسفة و علم الأصول و في غيرها . ترك مؤلفات كثيرة تدل على غزارة علمه و سعة اطلاعه توفي سنة 606هـ . [الزركلي ، الأعلام ،]

8 () هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي قاضي القضاة ناصر الدين ، أبو الخير البيضاوي ، صاحب المصنفات و عالم أذربيجان و شيخ تلك الناحية ولي قضاء شيراز برع في الفقه و الأصول و جمع بين المعقول و المنقول و تكلم كل من الأئمة بالثناء على مصنفاته توفي بمدينة تبريز ، سنة 685 هـ ، و من تصانيفه : الطوالع في علم الكلام ، و منهاج الأصول إلى علم الأصول [ابن قاضي شهبة ، طبقات الشافعية ج 2 ص 172 ط 1 عالم الكتاب بيروت]

9 () هو أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، حجة الإسلام ، فقيه أصولي ولد بطوس 450 هـ ، لازم إمام الحرمين بنيسابور حتى صار أنظر أهل زمانه فلما مات رحمه الله خرج إلى العسكر و حضر مجلس نظام الملك و انتشر صيته في الآفاق ، ثم أقبل على العبادة و السياحة فخرج إلى الحجاز فحجّ ورجع إلى دمشق ثم

القول الثالث ذهب المعتزلة أن هذه الألفاظ حقائق شرعية بوضع الشارع لها ابتداءً و ليست مجازات لغوية و لا حقائق لغوية . (4)

و المهم بعد عرض آراء العلماء حول الحقيقة الشرعية وهل هي حقائق لغوية في الأصل أم أنها مجازات من الألفاظ اللغوية أو أنها حقائق شرعية بوضع الشارع ابتداءً فإن الحقيقة الشرعية على أي حال لا توجد إلا بوجود أركان و شروط ، فأركانها جزء من ماهيتها فلا توجد إلا بها ، فالصلاة بدون ركوع و لا سجود لا تكتسب حقيقتها الشرعية فإذا أخل المصلي بركن من أركان الصلاة ، كانت هذه الصلاة باطلة لعدم تكوّن الحقيقة الشرعية لها فتكون معدومة شرعاً و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) و كذلك فقدان الشرط يخل بالحقيقة الشرعية فالصلاة بلا ظهور لا تسمى صلاة شرعاً و لا تسقط القضاء ؛ لأن الشرط يلزم من انتفائه العدم كما هو مقرر .

و اللفظ الشرعي يحمل على معناه الشرعي ما لم يصرفه عنه صارف و هذا ما ذهب إليه جمهور الأصوليون و احتجوا أن عرف الشارع يعرف المعاني الشرعية لا اللغوية لأن النبي صلى الله عليه و سلم مبعوث لبيان الشرعيات ، فلو صرف هذا اللفظ إلى موضوعه اللغوي لكذا قد اعتقدنا فيه أنه قد ترك ما يعنيه و عدل إلى بيان ما لا يعنيه ، و هذا لا يجوز أن يقال في حق عامة الناس ، فلا يقال في حق الشارع من باب أولى . (5)

فإذا قال الشارع : لا نكاح إلا بشهود ، و لا صلاة إلا بطهور ، فمعنى ذلك أن الحقيقة الشرعية للصلاة و الحقيقة الشرعية للنكاح غير موجودة ؛ لأن النهي يقتضي الفساد فيصبح هذا النكاح باطلاً و للباطل معدوم و تصبح هذه الصلاة باطلة ولو وجدت صورتها الحسية لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

إلى القدس و الاسكندرية ثم عاد إلى وطنه طوس و كانت وفاته بها صبيحة يوم الاثنين 505 هـ ومن مصنفاته إحياء علوم الدين ، المستصفى من علم لأصول ، المنحول ، [- ابن قاضي شهبة ، طبقات الشافعية ج1 ص 248]

1 (هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، أبو الفرج ، شمس الدين : فقيه ، من أعيان الحنابلة . ولد وتوفي في دمشق سنة 682 هـ . وهو أول من ولي قضاء الحنابلة بها ، له تصانيف ، منها الشافي وهو الشرح الكبير للمقنع ، في فقه الحنابلة [الزركلي ، الأعلام ،]

2 (هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف إمام الحرمين ، ضياء الدين أبو المعالي ، ابن الشيخ أبي محمد الجويني ، رئيس الشافعية بنيسابور

3 (الرازي ، المحصول في علم الأصول ، ج1 ص 299 . - السبكي ، الإبهاج في شرح منهاج الوصول للبيضاوي ، ص 275 . - الزركشي ، البحر المحيط ، ج2 ص 164 . - الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، ج1 ص 497 .

4 (أبو الحسين البصري ، المعتمد في أصول الفقه ، ج1 ص 23 .

5 (انظر : رسالة ماجستير بعنوان : (الحقيقة وأحكامها دراسة أصولية تطبيقية) ص 70 إعداد الطالب : دارسمان أحمد بن أحمد بإشراف الدكتور محمد عبد الحميد . جامعة آل البيت ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، قسم الفقه و أصوله 2005 م . و انظر : - عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي ، التمهيد في تخرير الفروع على الأصول ، ص 222 . تحقيق و تعليق و تخرير ، محمد حسن هيتو ، ط1 مؤسسة الرسالة بيروت ، 1980 م . و الطوفي ، شرح مختصر الروضة ج1 ص 501 .

وقد أوضح الغزالي أنّ قوله صلى الله عليه وسلم : " لا صلاة إلا بطهور و لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب و لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل " (1) أنّ هذا نفي ما ليس منفيًا بصورته فإنّ صورة النكاح و الصلاة موجودة فلا شك أنّ الشرع ليس يقصد بكلامه نفي الصورة فيكون خلفا ، بل يريد نفي الوضوء و الصوم و النكاح الشرعي فأنه صرّح بنفي الصلاة الشرعية و النكاح الشرعي . (2)

و نفى القاضي أبو بكر الباقلاني (3) وقوع الحقيقة الشرعية وقالوا : إنّ النفي في قوله صلى الله عليه وسلم : " لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب و لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل و لا نكاح إلا بولي " قالوا بالإجمال في هذه الصور ؛ لأنّ حرف النفي دخل على هذه الصور مع تحققها فلا بد من إضمار حكم يلحق . (4)

وأجاب الجمهور بأنه لا إجمال في هذه الصور فالنفي منزّل على نفي الحقيقة الشرعية و يناطنا بما له فيه عرف و الأصل حمل الكلام على الحقيقة الشرعية فلا إجمال في هذه الصور (5) وردّ الغزالي على من يقول بالإجمال بقوله : وقد يقال أنه مجمل بين نفي الصحة و نفي الكمال فقد ذهب القاضي الباقلاني بأنه مجمل بين نفي الصحة و نفي الكمال فلا صلاة كاملة و لا نكاح مؤكد ثابت و لا صوم فاضل ، و المختار أنه ظاهر في نفي الصحة محتمل في نفي الكمال على سبيل التأويل ؛ لأنّ الوضوء و الصوم عبارة عن الشرع و قوله " لا صيام " صريح في نفي الصوم ومهما حصل الصوم الشرعي و إن لم يكن فاضلا كاملا كان ذلك خلاف مقتضى النفي فنفي الذات أقرب إلى نفي الصحة من نفي الكمال و النفي يحمل على الأصل أي نفي الصحة إلا بدلالة تدل على خلاف ذلك . (6)

و يتضح أن نفي الحقيقة الشرعية هو نفي الوجود الشرعي للصيام أو الصلاة وما شابه ذلك فالصلاة بغير فاتحة الكتاب باطلة لا يترتب عليها المقصود منها و هو الإجزاء و سقوط القضاء و كذا الصلاة بغير طهور أو الصيام بدون نية فكل هذه الصور تجعل هذه العبادات في حكم المعدومة شرعا .

1 (هكذا ذكره الإمام الغزالي ، و لم أجده في كتب الحديث بهذا النص ، و إنما هو أحاديث متفرقة ذكرها بمعناها لا بنصها ذكرت تخريجها في مواضع لاحقة عند ورود الأحاديث ، فأصل الشطر الأول من الحديث هو حديثه صلى الله عليه وسلم : " لا تقبل صلاة بغير طهور " وقد ورد تخريجه ص 37 من البحث و أصل الشطر الثاني : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " وقد ورد تخريجه ص 37 من البحث . و أصل الشطر الثالث : " لا صيام لمن لم يجمع الصيام قبل الفجر " و كلها مخرّجة عند ورودها لاحقا .

2 (الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 473 .

3 (الباقلاني ، التقريب و الإرشاد ، ج 1 ص 387 .

4 (الأمدي ، الأحكام ، ج 1 ص 272 . و المحصول ج 1 ص 298 .

5 (البزدوي ، كشف الأسرار ، ج 2 ص 214 . و الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ص 17 .

6 (الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 473 .

فالصحة و الفساد معنيان متلقيان من الشرع و ليس إلى العبد إيقاع ذلك الفعل باختياره فإن وقع فعله وفق أمر الشرع صحّ شرعا و انبنت عليه الأحكام الشرعية و إذا وقع على خلاف ما أمر الشرع كان الأمر باطلا و لم يبتنّ عليه الأحكام الشرعية و لهذا أبطلنا صوم الليل مع تحقق الإمساك الحسي عن المفطرات و كذلك إمساك المرأة عن المفطرات حال حيضها متحقق حسا و صورة ولكن لما لم يوافق أمر الشرع لم يثبت له الحقيقة الشرعية . (1)

فالعدم الشرعي هو عدم ثبوت الحقيقة الشرعية حتى لو تحققت الصورة الحسية للفعل ، فإنّ هذا الفعل لا يعتد به شرعا .

واللفظ الصادر من الشارع إذا تردد بين أمور مجتمعة فالأولى أن يحمل على المعنى الشرعي لأنه صلى الله عليه وسلم ، إنما بعث لبيان الشرعيات . (2)

أما إذا تعارض مجازان فإنه يرجح الأقرب للحقيقة و ذلك مثل حديث : " لا عمل إلا بنية " (3) فإنّ النفي هنا لا يصح أن يكون حقيقة فيحتمل أنه يراد نفي الصحة أو الكمال و هما مجازان إلا أنه يرجح نفي الصحة لأنه أقرب إلى نفي الحقيقة و هو نفي الذات لأن ما لا يصح كالعدم . (4)

قال المروزي (5) سألت أحمد عن حديث : " لا نكاح إلا بولي " (6) فقال : هو لنفي الحقيقة الشرعية بدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها : " أيما امرأة نكحت بغير إذن و ليها فنكاحها باطل " (7) . ولا يقال : يمكن حمل الرواية على نفي الكمال ؛ لأن كلام الشارع محمول على نفي الحقائق الشرعية ، أي لا نكاح شرعي إلا مع وجود ولي . (8)

- 1 (السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ج 1 ص 124 .
- 2 (الأسنوي ، التمهيد ، ج 1 ص 228 .
- 3 (ليس من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال صاحب العلل المتناهية : هذا حديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن حبان خالد بن عبد الدائم يروي عن نافع المناكير التي لا تشبه حديث الثقات ويلزق المتون الواهية بالأسانيد المشهورة وأما زكريا بن يحيى فقال ابن عدي كان يضع الحديث . [ابن الحوزي ، عبد الرحمن بن علي (ت597) العلل المتناهية في الأحاديث الواهية - ج 2 ص 831 ط 1 ، 1403 هـ دار الكتب العلمية ، بيروت]
- 4 (الصنعاني ، إجابة السائل شرح بغية الأمل ، ج 1 ص 426 .
- 5 (هو الحافظ أبو عبد الله نعيم بن حماد بن معاوية الخزاعي الأعور المروزي الفقيه الفرضي انتقل إلى بغداد وتوفي بسر من رأى سنة 228 ثمان وعشرين ومائتين . قال صاحب عيون التواريخ : لصاحب الترجمة ثلاثة عشر كتابا في الرد على الجهمية وكتاب في الرد على أبي حنيفة وناقص محمد بن الحسن الشيباني ومن تصانيفه أيضا كتاب الفتن والملاحم مسند في الحديث . [هدية العارفين ج 2 ص 206]
- 6 (هذا الحديث سبق تخريجه في حاشية رقم 1 ص 27 .
- 7 (ابن ماجه ، السنن ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج 1 ص 605 حديث رقم 1880 ، و علق عليه عليه ابن حجر في فتح الباري فقال : حسنه الترمذی و صححه أبو عوانة و ابن خزيمة و ابن حبان والحاكم . [فتح الباري ، ج 9 ص 191] .
- 8 (البهوتي ، كشف القناع ، ج 17 ص 54 .

(3) قاعدة (المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم) (1) .

هذه القاعدة تعني أنّ الشيء الموجود حسداً ولكنه يشق على المكلف استعماله ، فإنّه يكون كأنه غير موجود من باب التخفيف على المكلفين ، لذلك أبيح التيمم مع وجود الماء الحسّي إذا كان الماء محتاجاً إليه لعطش أو عجن أو غسل نجس مائع ، و عللوا ذلك بقولهم : لأن (المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم) (2) .

وعلاقة هذه القاعدة بقاعدة المعدوم شرعاً أنّ الأصل في اعتبار وجود الأشياء هو الشرع ، فاعتبار الشارع الموجود معدوماً يعطيه أحكام المعدوم ، لذلك قالوا : أنّ المشغول بالحاجة الأصلية ليس فيه زكاة ، و عللوا سقوط الزكاة بالدين بأنّ قضاء الدين من الحوائج الأصلية و المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم ، و الحاجة الأصلية ما يدفع عن الإنسان الهلاك حقيقة ، كالنفقة و دور السكنى و آلات الحرب و الثياب المحتاج إليها لدفع الحر و البرد ، أو تقديراً كالدين ، فإنّ المديون محتاج إلى قضاء دينه دفعا للحبس عن نفسه . (3)

(4) قاعدة : (المعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حسداً) (4) .

إنّ من شروط البيع ، القدرة على تسليم المبيع سواء كانت قدرة حسيّة أو شرعيّة ، فلذلك ما نهى الشارع عن تسليمه و جعله محرماً شرعاً فهو كالمعجوز عن تسليمه حسداً كبيع السلاح لأهل الحرب ، فهو معجوز عن تسليمه شرعاً لأنّ التسليم ممنوع وهبة المحتاج إلى ماء الوضوء الماء لغيره ممنوع شرعاً ، لتعذّر التسليم (5) .

كما لا يجوز الاستئجار لقلع سن صحيحة وقطع يد صحيحة ، و لا استئجار الحائض لكنس المسجد و خدمته ؛ لأنها منافع متعذرة التسليم شرعاً ، و العلاقة بين هذه القاعدة و قاعدة المعدوم شرعاً ، أنّ كلاهما جعلت مناط اعتبار الشيء على الشرع .

(5) قاعدة : (الموجود شرعاً كالموجود حقيقة) (6) .

1 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج1 ص 226 .

2 (الدر المختار ، ج1 ص 226 .

3 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج2 ص 284 .

4 (الحصني ، كتاب القواعد ، ج1 ص 44 .

5 (الحصني ، القواعد ، ج1 ص 44 .

6 (المقرئ ، القواعد ، ج2 ، ص 450 . و الونشريسي ، إيضاح المسالك ، ص 141 .

فهذه القاعدة كقاعدة المعدوم شرعا ، تفيد أنّ الاعتداد بالأمر إنما هو بالشرع لا بالحس ، فما كان مشروعا فهو كالموجود حسّا ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَمَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ ﴾ ⁽¹⁾ فمن كان ضالا فهو أعمى وإن كان يبصر ومن اهتدى فهو بصير وإن كان لا ينظر ، وهو من تنزيل الموجود شرعا كالموجود حقيقة ، والمعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة . ⁽²⁾

و يظهر الترابط بين القاعدتين أنّ المعدوم ما ليس له وجود تحقيقا ولكن لصحة بعض الأحكام الشرعيّة يجب تقدير ما ليس بموجود في حكم الموجود تحقيقا ليصح بناء الحكم عليه ، وكذلك تقدير الموجود في حكم المعدوم تحقيقا ليصح بناء الحكم عليه كذلك ، ومن الأمثلة التي ذكرها المالكية على هذه القاعدة :

(1) أنّ الإمام الراتب إذا صلى وحده كان له حكم الجماعة ولا يعيد الصلاة بعد ذلك ولا يجمع في مسجده لتلك الصلاة لوجود الجماعة في تقدير الشرع لأنّ الموجود شرعا كالموجود حقيقة وهو الذي عليه المذهب عند المالكية . ⁽³⁾

(2) أنّ ما ترتب في الذمة من النقد الذي لا يعرف بعينه و كان حالّ الدفع كنقد مسكوك عند الغاصب أو سبائك ذهب يجوز للمغضوب منه أن يصارفه مع الغاصب وإن لم يكن الذهب حاضرا في مجلس العقد ؛ لأنه موجود حكما بوجوده حاضرا في الذمة . ⁽⁴⁾

(3) صرف ما في الذمة من الدين ، هل يصح لأنه موجود حكما أو لا ؟ لعدم حضور النقيدين أو أحدهما حسا في المجلس ، مثاله أن يكون لك في ذمة آخر ذهبا أو فضة فتصرفها منه بنقد آخر ناجز فإن كان الدين الذي في الذمة حالا كما في مسألة الغصب السابقة ، فالمشهور الجواز ووجه الجواز براءة الذمة و حلول ما فيها من الدين وكأنه على الحقيقة حاضر فقد حصل التناجز صورة و معنى ، فإن كان ما في الذمة من الدين غير حالّ فالمشهور أنّه لا يجوز صرفه لأنّ ذمة المدين تبقى عامرة به إلى الأجل و بصرفه إيّاه قبل الأجل يكون كالمسلف له نظير ما في ذمته لأنّ من عجلّ ما أجل عدّ مسلفا ، فإذا حلّ الأجل يقدر كأنه قبض من نفسه ما كان عجله فيكون من الصرف المؤخر ، ومن باب أولى في المنع إذا كان الدينان معا مؤجلين لأنه من الصرف المؤخر . ⁽⁵⁾

1 (سورة فاطر : آية 19 .

2 (الغرباني ، تطبيقات القواعد الفقهيّة عند المالكية ، ص 21 .

3 (الإمام أحمد بن علي المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص 115 . و انظر - سيدي خليل ، المختصر بشرح الخرشي ، ج 2 ص 20 .

4 (أبي العباس أحمد بن يحيى الوشرسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص 141 .

5 (د. صادق بن عبد الرحمن الغرباني ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص 22 . و انظر - الشيخ أحمد أحمد بن أحمد الجكني الشنقيطي ، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي ، ص 29 ، ط 1403 هـ منشورات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر .

الفصل الثاني

التطبيقات الأصولية لقاعدة المعدوم شرعا

المبحث الأول

تطبيقات القاعدة في الحكم التكليفي

الحكم التكليفي هو خطاب الشارع المقتضي طلب الفعل أو الكف عنه أو التخيير بينهما و الحكم التكليفي يتفرع إلى خمسة أقسام عند الجمهور ⁽¹⁾ ، وهي : الواجب و المندوب و الحرام و المكروه و المباح . وسنذكر من خلال هذا الفصل بعض التطبيقات لقاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا على بعض أقسام الحكم التكليفي .

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة على الواجب .

و المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة على الحرام .

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة على الواجب .

يعرف الواجب حدا بأنه : ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم و الإلزام ⁽²⁾ ، ويعرّف الواجب بثمرته و نتيجته بأنه : الذي يذم شرعا تاركه قصدا مطلقا ⁽³⁾ ، و الجمهور ⁽⁴⁾ لا يفرقون بين الفرض و الواجب ويعتبرون الفرض و الواجب مترادفين .

ومن أمثلة الواجب : قراءة الفاتحة في الصلاة فقد قال صلى الله عليه و سلم : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " ⁽⁵⁾ فرّق الحنفية ⁽⁶⁾ بين الفرض و الواجب فالفرض ما ثبت بدليل

1 (الأمدي ، الأحكام ج1 ص 136 .

2 (الكبسي ، حمد ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، ص 180 .

3 (السبكي ، علي بن عبد الكافي (ت771هـ) ، الإيهاج في شرح المنهاج على منهج الوصول إلى علم الأصول ، ج1 ص 51 ، تحقيق جماعة من العلماء ط1 ، دار الكتب العلمية بيروت ، 1404هـ .

4 (السبكي ، الإيهاج في شرح المنهاج ، ج1 ص 51 . و الأمدي ، الأحكام ، ج1 ص 136 .

5 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب صفة الصلاة ، باب وجوب القراءة للإمام و المأموم ، ج1 ص 263 حديث 723 .

6 (أمير باد شاه ، تيسير التحرير ، ج2 ص 329 . و أصول البيزدوي ، ج2 ص 188 .

قطعي و الواجب ما ثبت بدليل ظني⁽¹⁾ ، و بناءً على هذا التفريق قالوا بعدم وجوب الفاتحة في الصلاة لأنها ثبتت بدليل ظني الثبوت فقله عليه السلام : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " هو دليل ظني الثبوت لأنه من أخبار الأحاد و الدلالة لوجود احتمال في حمل النفي على الكمال لا على الصدّة ، فلا يفيد هذا الدليل الفرضية بل يفيد الوجوب .

و ذهب الجمهور⁽²⁾ إلى عدم التفريق بين الفرض و الواجب ، فقالوا ببطلان صلاة من لم يقرأ بفاتحة الكتاب ، فتكون هذه الصلاة في حكم المعدومة عند الجمهور و لا تبرأ بها الذمة و يطالب بالقضاء لأن (المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا) .

و للواجب صورة حسية فالصلاة مثلاً فيها قيام و ركوع و سجود فلو أتى المكلف بهذه الصورة الحسية دون مراعاة للحقيقة الشرعية للصلاة فإن فعله لهذا الواجب يكون في حكم المعدوم ، وخير مثال على ذلك : حديث المسيء صلاته ، حيث قال له النبي صلى الله عليه و سلم : " ارجع فصل فإنك لم تصل " ⁽³⁾ فاعتبرت حركاته الحسيّة معدومة شرعا ولم يعتبر مؤدياً للفرض لخلل في أركانها .

فلو صلى بدون وضوء مع إتيانه بجميع الأركان كان صلاته معدومة من حيث الشرع فقد قال صلى الله عليه و سلم : " لا تقبل صلاة بغير طهور " ⁽⁴⁾ وكذا الحال في الوضوء فلو استعمل الماء في أعضاء الوضوء بدون نية فقد أتى بالوضوء بصورته الحسية ولكن لا يكتسب هذا الوضوء الوجود الشرعي على ما عليه الجمهور خلافاً للحنفية ؛ لأن النية تفرّق بين العادة و العبادة و تجعل لغسل هذه الأعضاء وجوداً شرعياً فإذا وجدت حلّ للمكلف استباحة الصلاة .

و الذي يعيننا الإجزاء في الواجب ، فلا بد للفعل الشرعي حتى يكون مجزياً أن يأتي به المكلف مستجمعاً لأركانه و شروطه التي تحقق الماهيّة الشرعية للفعل و إنّ الإجزاء و الإثابة يجتمعان و يفترقان فإنّ الإجزاء براءة الذمة من عهدة الأمر وهو السلامة من ذم الرب و عقابه و يكون ذلك بالإتيان بالواجب على الصفة التي ذكرناها . ⁽⁵⁾

و الثواب هو الجزاء على الطاعة و ليس الثواب من مقتضيات مجرد الامتنال بخلاف الإجزاء فإنّ الأمر يقتضي إجزاء المأمور به . ⁽⁶⁾

1 (حمد الكبيسي ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط ، ص 179 .

2 (السمعاني ، قواطع الأدلة من الأصول ، ج 1 ص 104 . و الأمدي ، ج 1 ص 199 .

3 (سبق تخريجه ص 16 حاشية 1 .

4 (مسلم ، الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت161هـ) ، الجامع الصحيح ، كتاب الطهارة ، باب وجوب الطهارة للصلاة ، ج 1 ص 140 حديث 557 ، دار الجيل بيروت + دار الأفق الجديدة - بيروت .

5 (الكمال بن الهمام ، فتح القدير ، ج 2 ص 98 . - الزركشي ، البحر المحيط ، ج 1 ص 318 .

6 (الزركشي ، البحر المحيط ، ج 2 ص 406 .

لكهما مجتمعان في الشرع إذ قد استقر فيه أنّ المطيع يثاب و العاصي يعاقب ، و قد يفترقان فيكون الفعل مجزئاً لا ثواب فيه إذا قارنته المعصية ، كما في الحديث : " رب صائم ليس له من صيامه إلا الجوع و العطش " (1)

قال الطيبي (2) : فإنّ الصائم إن لم يكن محسناً أو لم يكن مجتنباً الفواحش من الزور و الشبهات و الغيبة و نحوها من المناهي فلا يحصل له إلا الجوع و العطش ، و إن سقط القضاء و كذلك الصلاة في الدار المغصوبة و أدائها بغير جماعة بلا عذر فإنها تسقط القضاء و لا يترتب عليها الثواب وكذا جميع العبادات إن لم تكن خالصة كالحج و الزكاة فإنه لا يحصل له بها إلا خسارة المال و تعب البدن و الظاهر أنه أريد به المبالغة و أن النفي محمول على نفي الكمال لا على نفي الصحة . (3)

فإذا اشتمل الصيام أو العبادة على الامتنال بالمأمور به برئت الذمّة للامتنال و سقط الواجب و لكن قد يقع الحرمان للمعصية كما أنه قد يكون مثاباً على فعل العبادة ولكنه غير مجزئ وقد يكون مثاباً عليه غير مجزئ إذا فعله ناقصاً عن الشرائط و الأركان فيثاب على فعله و لا تبرأ الذمّة إلا أن يفعله كاملاً لتكتمل الحقيقة الشرعية للواجب و إن نقص المأمور به أثيب و لم تحصل البراءة التامة ، فإمّا أن يعاد و إمّا أن يُجبر و إمّا أن يَأثم ، فالواجب إذا كان فيه نقص لم تبرأ الذمة ، فالجبران يكون في حالة النقص في تأدية الزكاة فإذا زكى شخص ماله و بقي عليه شيء من نصاب الزكاة فلا بد أن يجبر هذا النقص حتى تبرأ ذمته و إن صلى بغير طهارة فلا بد من أن يعيد الصلاة . (4)

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة على الحرام .

- 1 (ابن ماجه ، السنن ، باب ما جاء في الغيبة ، ج1 ص 539 ، حديث رقم 1690 ، قال عنه الألباني حسن صحيح ، في نفس الموضع من الكتاب لأنه مطبوع مع تعليقات الألباني على الأحاديث . وقد ذكر الألباني الحكم على الحديث في كتاب : صحيح الترغيب و الترهيب ، حديث رقم 1083 .
- 2 (هو الحسين بن محمد بن عبد الله الطيبي الإمام المشهور صلب شرح المشكاة وغيره كان كريماً متواضعاً حسن المعتقد شديد الرد على الفلاسفة والمبتدعة مظهراً فضائهم [ابن حجر ، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة ج 1 ص 208]
- 3 (الملا علي القاري ، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ، ج6 ص 332 .

- 4 (انظر سليمان الرحيلي ، مباحث الأمر التي انتقدها شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ، مجلة الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة ، العدد 123 السنة السادسة و الثلاثون 1424 هـ ، ص 34

من أقسام الحكم التكليفي : المحرم : و هو ما طلب الشارع تركه و الكف عن فعله على وجه الحتم و الإلزام (1) .

و ينقسم المحرم من أفعال المكلفين إلى قسمين (2) :

أولاً : المحرم لذاته لما يترتب على فعله من المفساد و المضار ، كالزنا و السرقة و القتل بغير حق و التزوج بالمحارم وما أشبه ذلك . و حكم هذا القسم من الحرام أنه غير مشروع أصلاً ، و إذا فعله المكلف كان باطلا لا يصلح سبباً شرعياً لتترتب عليه الأحكام . ذكر الكاساني أن بيع الخمر من المسلم باطل لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم (3) انتهى .

و ذكر النووي قال : بيع الخمر باطل سواء أباها مسلم أو ذمي أو تباعها ذميان ، و سائر أنواع التصرف فيها حرام على المسلم و أهل الذمة كما هو حرام على المسلم ... و لو أُلِفَ لغيره كلباً أو خنزيراً أو سرجين أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة ، لم يلزمه قيمته بلا خلاف عندنا . (4) انتهى

و جاء في الشرح الكبير وما حرّم بيعه لحرمة لم تجب قيمته كالميتة لأنّ ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذميّ كالمرتد ، و لأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة . (5)

من خلال استعراضنا للأقوال السابقة يتبين لنا أنّ العلماء مجمعون على أنّ المحرّم لذاته لا يصلح سبباً شرعياً لتترتب عليه الآثار ، و قد يرد على هذا القول أنّ قاعدة المعدوم شرعاً لم تسلم من استثناءات في هذا الباب ، فالحنفية و إن كانوا يعتبرون أنّ بيع الخمر من مسلم إلى مسلم باطل لأنها ليست بمال متقوم في حق المسلم ، لكنهم يجيزون ذلك للذميّ و يعتبرون البيع صحيحاً لكونه مالاً متقوّم ما في حقه . (6) و يجاب على هذا الاعتراض بأن الحنفية استثنوا الذميّ الذميّ و اعتبروا بيع الخمر صحيحاً مع أنهم يرون أنّ الخمر معدوم شرعاً و بيعه باطل بين المسلمين لا تترتب عليه الآثار الشرعية فلا يفيد الملك و لا يترتب على متلفه الضمان ، و لكن استثنائهم للذميّ كان جرياً على قاعدتهم أنّ الكفار غير مخاطبين بفروع الإسلام ، و احتجوا في ذلك بأن قالوا : لو وجبت الصلاة على الكافر مثلاً لوجبته إما في حال كفره أو بعده و الأول

(1) الأسنوي ، الأسنوي على المنهاج ، ج 1 ص 47 .

(2) الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ص 53 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ج 5 ص 128 . ط 1 ، 1409 ، المكتبة الحبيبية - باكستان .

(4) النووي ، المجموع ، ج 9 ص 227 و 228 باختصار . دار الفكر - بيروت .

(5) ابن قدامة المقدسي ، عبد الرحمن (ت 682هـ) الشرح الكبير ج 5 ص 377 . دار الكتاب العربي .

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ص 128 .

باطل لامتناع الصلاة من الكافر حال كفره و الثاني باطل لاتفاقنا على أن الكافر إذا أسلم لا يؤمر بقضاء الصلاة الفائتة في أيام الكفر . (1)
و بذلك يتضح أن العلماء متفقون على أن المحرم لذاته معدوم شرعا .

ثانياً: المحرم لعارض (2) ، و هو ما كان مشروعاً بأصله و لكن عرض له عارض اقتضى التحريم و ذلك كالبيع وقت النداء للجمعة ، و البيع على البيع و الصلاة بالثوب المغصوب و المسروق ، و الذبح بالسكين المغصوبة و هذا القسم اختلف فيه الفقهاء ، فجمهور الفقهاء (3) يرون ترتب الآثار الشرعية على هذا المحرم لأن التحريم لأمر خارج عن الفعل عارض له فالصلاة في ثوب مغصوب عند جمهور الفقهاء صحيحة مادامت مستكملة لشروطها الشرعية و لكن المصلي آثم لأنه صلى بثوب مغصوب ، و هكذا بقية الصور (4) .
و ذهب الإمام أحمد بن حنبل بأن النهي يعتمد المفسد و متى ورد النهي أبطلنا ذلك العمل و ذلك التصرف بجملته ، فإن ذلك العمل اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف . فمن فرى الأوداج بغير أداة حسا لم تؤكل ذبيحته و لا تؤكل ذبيحة الذابح بسكين مغصوبة و لا الذي صلى بثوب مغصوب ، لأنه استعمل في شرط العبادة ما يحرم عليه استعماله فلم يصح ، كما لو صلى بثوب نجس و لأن الصلاة قربة و طاعة و هو منهي عنها على هذا الوجه فكيف يتقرب بما هو عاص به أو يؤمر بما هو منهي عنه. (5)

و إن المحرم لذاته يختلف عن المحرم لغيره و العارض في أمرين (6) :
أحدهما أن المحرم لذاته إذا كن محل العقد يبطل العقد ، فإن الحرمة الذاتية تجعل الخل يلحق ركن العقد فيبطل ، فإذا كان محل العقد ميتة أو ميتة أو خنزيراً فإن العقد يكون باطلاً وكذلك إذا كان موضوع عقد الزواج محرماً لذاته بأن كان العقد على محرمة على التأبید و هو يعلم بالتحريم و يعلم العلاقة المحرمة فإن العقد يكون باطلاً و لا يثبت النسب إذا كان دخول ويكون الدخول زناً يوجب الحد عند جمهور الفقهاء و لم يخالف إلا أبو حنيفة في وجوب الحد

(1) الزنجاني ، محمود بن أحمد (ت656هـ) ، تخريج الفروع على الأصول ، ص 99 ، تحقيق د. محمد أديب صالح ، ط2 1398هـ ، مؤسسة الرسالة بيروت .

(2) الغزالي ، المستصفى ، ج2 ص 53 .

(3) الجصاص ، الأصول في الأصول ، ج2 ص 145 . و الحصني ، كتاب القواعد ، ج3 ص 52 . و القرافي ، الفروق ، ج2 ص 515 . و انظر : الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي ، ص 293 .

(4) محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص 44 . دار الفكر العربي للطبع و النشر .

(5) عبد الله بن قدامة ، المغنى ، ج1 ص 625 .

و القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس (ت648هـ) ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية و الاقتصادية د. محمد أحمد سراج و د. محمد على جمعة ، دار السلام للطباعة و النشر . ج1 ص 514 .

(6) محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 44 .

وإن كان قد قرر أنّ الدخول زنا لا يثبت معه نسب ، وهذا خلاف ما إذا كان في العقد تحريم لغيره أو لعارض فإنّ العقد لا يبطل ، فالعقد وقت صلاة الجمعة ينعقد عند الجمهور⁽¹⁾ خلافا للحنابلة⁽²⁾ و الظاهرية⁽³⁾ و العقد مع المساومة على سوم الغير في البيع ينعقد و يكون العاقد آثما كالبيع وقت صلاة الجمعة و عقد الزواج مع الخطبة على خطبة الغير يكون صحيحا مع الإثم عند الجمهور ، خلافا للظاهرية فإنهم قالوا ببطلانه ، و كذلك الصلاة في الأرض المغصوبة فإنه جرى الخلاف في صحتها و الجمهور على أنها صحيحة مع إثم الاغتصاب ، و كذلك البيوع الربوية تكون فاسدة عند الحنفية و الفساد عندهم دون البطلان .

الأمر الثاني الذي يفترق فيه المحرم لذاته عن المحرم لغيره : أنّ المحرم لذاته لا يباح إلا للضرورة و ذلك لأنّ سبب تحريمه ذاتي ، فهو يمس ضروريا فلا يزيل تحريمه إلا ضروري مثله ، فإذا كان التحريم بسبب الاعتداء على العقل كشرب الخمر فإنها لا تباح الخمر إلا إذا خيف الموت عطشا ؛ لأنّ الضرورات هي التي تزيل المحظورات التي حرّمت لأتّها مست ضروري .

أمّا المحرّم لغيره فإنه يباح لحاجة لا للضرورة لأنه لا يمس ضروريا و لذا أبيحت رؤية عورة المرأة عند علاجها إذا كانت الرؤية لازمة للعلاج .
على أنّ في الأمر تفصيلا في مبحث النهي بعون الله تعالى .

المبحث الثاني

تطبيقات القاعدة في الحكم الوضعي

1 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ج2 ص 134 . و انظر : - النووي ، المجموع ج12 ص 191 .

2 (ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ج2 ص314 .

3 (ابن حزم ، المحلى ، ج5 ص 79 .

الحكم الوضعي هو ما ربط الله به الأحكام الشرعية التكليفية بما يتصل بها من أسباب موجبة لها و شروط تحققها وموانع إن وجدت زال أثر السبب . (1)

من خلال التعريف السابق يتضح أن الحكم الوضعي ينقسم إلى : السبب و الشرط و المانع و سنتحدث عن ارتباط هذه القاعدة بالشرط و المانع .

المطلب الأول : ارتباط القاعدة بالسبب .

السبب لغة : هو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور ، فقل هذا سبب ، و هذا مسبب عن هذا . (2)

و السبب في الاصطلاح : ما جعل المشرع وجوده علامة على وجود الحكم ، و انتفائه علامة على انتفائه . (3)

و بمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان (4) :

أحدهما أن السبب لا ينعقد سببا إلا بجعل الشارع له سببا و ذلك لأن الأحكام التكليفية هي تكليف من الله تعالى و المكلف هو الله تعالى و إذا كان المكلف هو الشارع فهو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسبابا .

و الحقيقة الثانية أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية بل هي أمانة لظهورها ووجودها وفي ذلك يقول الشاطبي : إن السبب غير فاعل بنفسه و إنما وقع المسبب عنده لا به . (5)

ولقد قرر الغزالي في المستصفى : أن السبب يوصف بالصحة و الفساد و البطلان و يطلق في العبادات تارة و في العقود تارة أخرى .

فالصحيح عند المتكلمين : عبارة عمّا وافق الشرع وجب القضاء أم لم يجب . (6)

و عند الفقهاء (7) بعبارة عمّا أجزء و أسقط القضاء حتى صلاة من ظنّ أنّه متطهر صحيحة في اصطلاح المتكلمين ؛ لأنّه وافق الأمر الموجّه إليه في الحال وهذه الصلاة فاسدة

(1) محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 55 .

(2) الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، ج 1 ص 262 .

(3) حمد عبيد الكبيسي ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، ص 204 .

(4) محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 55 .

(5) الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 196 .

(6) الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 57 .

(7) زكريا الأنصاري ، غاية الأصول ، ج 1 ص 9 . و الأسنوي ، الإبهاج ، ج 1 ص 67 . و الرازي ، المحصول ، ج 1 ص 112 .

عند الفقهاء لأنها غير مجزأة و كذلك من قطع صلاته بإنقاذ غريق فصلاته صحيحة عند المتكلم فاسدة عند الفقيه (1) .

أمّا في المعاملات فكل سبب منصوب لحكم إذا أفاده حكمه المقصود منه يقال أدّه صحّ ن و إن تخلف عنه مقصوده بطل ، فالباطل هو الذي لا يثمر لأنّ السبب مطلوب لثمرته و الصحيح هو الذي أثمر ، و الفاسد مرادف للبطل في اصطلاح الجمهور . (2)

فالسبب الفاسد في العبادات لا يسقط به القضاء فيصبح وجوده كعدمه ؛ لأنّ (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) ، و السبب الفاسد في العائلات الذي لا يثمر وجوده كعدمه ؛ لأنّ (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) .

و لا يعتد بالسبب إلا إذا توافرت شروطه و انتفت موانعه ، فالبيع سبب انتقال الملكية فإذا كان باطلا لا يكون سببا في انتقال الملكية كبيع الخمر و الخنزير و الميتة ، و النكاح سبب حل الاستمتاع فإذا وقع باطلا مخالفا للشرع لم ينعقد سببا لحل الاستمتاع .

يقول الشيخ محمد أبو زهرة : من المقرر أنّ السبب ينتج الحكم التكليفي الذي يبنى عليه إذا تحقق شرطه و انتفى المانع فإذا لم يتحقق الشرط أو وجد المانع فإنّ السبب لا ينتج فإذا مات الهرث و لم تعلم حياة الوارث لا يرث ، و إذا علمت و لكن تبين أنه هو الذي قتل مورثه فلا ميراث . (3)

المطلب الثاني : ارتباط القاعدة بالشرط .

الشرط : هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم و يلزم من عدمه عدم الحكم و لا يلزم من وجوده وجود الحكم (4) .

يتبين لنا من تعريف الشرط أن الأحكام الشرعية لها شروط فإذا وجدت هذه الشروط ترتبت آثار شرعية على هذه الأعمال ، فالشرط يلزم من عدمه عدم الحكم وإن وجدت الصورة الحسية للعمل فإنّ هذا العمل لا يعتد به من الناحية الشرعية إذا فقد شرطه .

فعلى سبيل المثال : الوضوء شرط لصحة الصلاة و الشهود شرط لصحة عقد الزواج ، فإذا وجد الصلاة بدون وضوء أصبحت الصلاة فاقدة لشرط من شروطها و بالتالي لا اعتبار لهذه الصلاة من الناحية الشرعية فهي معدومة شرعا ، و كذا عقد الزواج إذا تم بدون شهود بطل هذا العقد و لا تترتب عليه الآثار المشروعة .

(1) الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 184 .

(2) الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 76 .

(3) أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 59 .

(4) المصدر السابق و انظر حمد عبد الكبيسي ، أصول الأحكام ، ص 209 .

و الشروط من ناحية الأمر المشروط فيه تنقسم⁽¹⁾ إلى شروط موضوعها حكم تكليفي كالطهارة و الصلاة فإنها شرط لتحقيق أمر تكليفي طالب به الشارع و كذلك الإحصان في وجوب الحج فهو شرط لتحقيق أمر تكليفي يتجه فيه التكليف إلى الحاكم و كذلك حولان الحول فإنه شرط لأداء الزكاة .

و هناك شروط موضوعها تحقق حكم وضعي كالقدرة على التسليم في البيع فإنه شرط لاعتبار العقد سببا للملكية و كذلك تحقق حياة الوارث بعد موت المورث فإنه شرط لاعتبار الإرث سببا للميراث⁽²⁾ .

ففي جميع الصور السابقة سواء كان الشرط مكملا لحكم وضعي أو تكليفي فإنه يفقدان الشرط يفقد العمل اعتبره الشرعي .

المطلب الثالث : ارتباط القاعدة بالمانع :

المانع اصطلاحاً : الأمر الذي يترتب على وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب⁽³⁾ .
ففي حال وجود هذا المانع الشرعي فإنه يمنع من ترتب المسبب على السبب ، فالقتل يمنع الميراث مع وجوالأبوة و البنوة ، فالابن يستحق الميراث من والده و لكنه إذا قتله أصبح القتل مانعا من الميراث لهذا الابن فصارت الأبوة و البنوة في حكم المعدوم من حيث الميراث ، و القاعدة الشرعية (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) .

و هناك موانع ترفع أصل التكليف جملة كزوال العقل بنوم أو جنون أو غيرها ، إن من شرط تعلق الخطاب إمكان إفهامه لأنه إلزام يقتضي التزاما و فاقد العقل لا يمكن إلزامه⁽⁴⁾ فالمجنون حال جنونه يمنع هذا الجنون من تكليفه بالتكاليف الشرعية فهو معدوم شرعا من حيث مخاطبته بالتكاليف .

و هناك موانع يتصور وجودها مع أصل التكليف لكن المانع يرفع التكليف جملة مع إمكان اجتماعه ، مثل الحيض و النفاس و دخول المسجد و مس المصحف⁽⁵⁾ ، فالحيض يمنع المرأة من الصيام و الصلاة و مس المصحف مع إمكانها القيام بهذه الأعمال في صورتها الحسية و لكنها لا تنعقد قربات شرعية لأنها معدومة شرعا في حقها .

1 (الكبيسي ، حمد الكبيسي ، أصول الأحكام ، ص 210 .

2 (محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 59

3 (السيوطي ، جلال الدين ت (911هـ) جمع الجوامع ج 1 ص 78 ، ط الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة .

4 (الشاطبي ، الموافقات ، ج 1 ص 285 .

5 (المصدر السابق نفسه .

وهناك موانع لا ترفع أصل التكليف بل ترفع قيمة الطلب فيه كالأنوثة و المرض للجمعة و العيدين و الجهاد ، و لكن إن وقعت مع وجود المانع صدّت (1) .

و المانع إما أن يكون مانع حكم و هو ما يترتب عليه عدم الحكم ، أي عدم ترتب المسبب على السبب ، مثال ذلك :الأبوة تكون مانعة من القصاص ، فلو قتل الأب ابنه فالأصل أن نقول أن الحكم هو القصاص لأنه قتل عدوان مقصود بشروطه كلها ، لكن الأبوة تكون مانعة من القصاص ؛ لأن الأب سبب في وجود الابن فلا يكون الابن سببا في عدمه (2) و إما أن يكون مانع سبب ، فالسبب في الزكاة النصاب فإذا كان مالك النصاب مدينا بدين يعادل النصاب قام الدين مانعا من كون الملك سببا للتكليف فأصبح هذا النصاب في حكم غير الموجود شرعا ، مع وجوده الحسّي عند من يرى أن الدين مانع من وجوب الزكاة (3) .

المبحث الثالث

تطبيقات القاعدة في الصحة و الفساد و البطلان

لابدّ لنا قبل الدخول في تطبيقات القاعدة الأصولية على الصحة و الفساد ، أن نوضح معنى الصحة و الفساد و علاقتهما بالبطلان .

1 (المصدر السابق ص 286 – 287 .

2 (الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ج1 ص 185 ، ط2 ، علّق عليه الشيخ عبد الرحمن عفيفي ، دار ابن حزم ، ط1 1424 هـ .

3 (المصدر السابق نفسه و محمد أبو زهرة ص 62 .

فالصحة لغة : البراءة من كل عيب وريب (1) . و الصحيح في الاصطلاح : ما يتعلق به اعتداد في العبادات و نفوذ في المعاملات كأن تقع الصلاة مثلاً مستوفية لشروطها ، والصحيح عند أهل الأصول : ما يتعلق به النفوذ و يعتد به . (2)

أمّا الفساد لغة : فهو التلف و العطب و الاضطراب و الخلل . (3) و الفاسد اصطلاحاً : هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ ، والجمهور اعتبروا الفساد و الباطل بمعنى واحد أمّا الحنفية فقد فرقوا بين الفاسد و الباطل بأنّ الباطل ما كان منهيًا عنه لذاته و الفاسد ما كان منهيًا عنه لوصفه . (4)

أمّا الجمهور فاعتبروا الفساد و الباطل مترادفين ، إذ كل منهما يدل على خلاف ما طلب من المكلف فلم يعتبر شرعاً ، و لم يترتب عليه الأثر الذي يترتب على نظيره المشروع ، وهكذا يطلق الجمهور الفساد و البطلان و يريدون بها في العبادات عدم سقوط القضاء بالفعل ، و في المعاملات تخلف الأحكام عنها و خروجها عن كونها مقيدة للأحكام . (5)

و عرّف الشيخ الزرقا البطلان بأنه : عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري و آثاره في نظر الشرع . (6) فالبطلان بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما يكون العمل غير معتبر في نظر الشرع ، بحيث يعود وجوده كعدمه وهو بهذا المعنى يكون مرادفاً لعدم الشرعي لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه فلا يترتب أثره الشرعي الخاص في نشوء حق أو سقوط تكليف في العبادات البدنية و المعاملات المدنية على السواء ، فكل تصرف له ناحيتان : أ . وجود حسيّ وهو وقوعه بحركته و صورته المادية .

ب . و وجود شرعي : وهو وقوعه على صفة يصلح لأن تترتب عليه أحكامه المقررة له شرعاً وكل ما له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه فإنّ عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه ، فهو صورة جامدة لا روح فيها و لا تأثير لها في الاعتبار الشرعي ، فالشرع هو الذي ينفخ فيها الروح و يهبها الحياة ، فالمعدوم شرعاً و إن وجدت صورته الحسية فلا اعتبار له ولا اعتبار لهذه الصورة و هو كالمعدوم حساً . (7)

- 1 (الفراهيدي ، العين ، ج 3 ص 14 .
- 2 (المناوي ، التعاريف ، ج 1 ص 449 .
- 3 (إبراهيم مصطفى و آخرون ، المعجم الوسيط ، ج 2 ص 290 .
- 4 (اليزدي ، أصول اليزدي ، ص 55 .
- 5 (الرازي ، المحصول ، ج 1 ص 112 . و - الأمدي ، الأحكام ، ج 1 ص 131 .
- 6 (الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص 643 .
- 7 (انظر ، الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 644 فما بعدها ، بتصرف .

أمّا الفساد فهو مخالفة لنظام التعاقد من ناحية فرعية و ليس في ذات العقد و لا ماهيته ، لذلك يستحق الفسخ و هذا دليل على وجوده لأنه لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً على قول الحنفية . و مرجع الخلاف بين الحنفية و الجمهور أنّ الجمهور يرون أنّ النهي يقتضي عدم وجود المنهي عنه شرعاً دون النظر إلى سبب النهي ، و أنّه ليس هناك عمل مشروع بوصفه دون أصله ، أما الحنفية فإنهم راعوا السبب الذي من أجله كان النهي ، و فرقوا بين المنهي عنه لوصف لازم و المنهي عنه لذاته ، فجعلوا أثر النهي في الأول فساد الوصف مع بقاء الأصل مشروعاً و في الثاني بطلان كل من الأصل و الوصف .

ولكن مع وجود هذا الخلاف بين الحنفية و الجمهور إلا أنّ هناك ما يضيّق مساحة هذا الخلاف :

الأمر الأول : الحنفية ⁽¹⁾ لا يفرقون بين الفساد و البطلان في العبادات و النكاح ، فآثر النهي فيهما البطلان .

الأمر الثاني : أنّ الحنفية و إن كانوا يفرقون بين البطلان و الفساد في المعاملات لكنهم قرروا وجوب إزالة سبب النهي الذي اقتضى الإثم بفساد الوصف ، و على هذا يطالب المكلف في عقود الربا بالفسخ أو بإلغاء ما في العقد من ربا . ⁽²⁾

اختلف الأصوليون و الفقهاء على اختلاف مذاهبهم و مشاربهم حول قاعدة (اقتضاء النهي الفساد) أو أنّ النهي لا يقتضي الفساد بل يدلّ على الصّدق فمن قال أنّ النهي يقتضي الفساد فهو بالضرورة يقول أنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حسداً ، و هناك ثلاث اتجاهات حول هذه القاعدة ، فهناك من قال من العلماء أنّ النهي لا يقتضي الفساد ، و منهم من قال أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقاً ، و هناك اتجاه وسط بين القائلين أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقاً و بين القائلين : لا يقتضي الفساد مطلقاً ، و سنذكر في هذا المبحث أدلة كل فريق و الاتجاهات حول قاعدة : (النهي يقتضي الفساد) و ارتباطها بقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حسداً) .

فالنهي عن الشيء ينقسم إلى ثلاثة أقسام ⁽³⁾ :

1. ما يرجع إلى ذات المنهي عنه كالكذب و الظلم و نحوهما .
2. ما يرجع إلى غيره كالنهي عن البيع وقت النداء و عن النجش و ما أشبههما .
3. ما يرجع إلى وصف المنهي عنه كصوم يوم النحر و بيع الربويات على الوجه المنهي عنه ، و الوطء في الحيض و الطلاق فيه .

1 (البزدوي ، أصول البزدوي ، ص 55 .

2 (المصدر السابق نفسه .

3 (العلاني ، تحقيق المراد في أنّ النهي يقتضي الفساد ، ص 67 .

فالصوم من حيث أنه صوم مشروع لكن من حيث إيقاعه يوم العيد منهي عنه ، و البيع مشروع من حيث الجملة ، لكن من حيث إيقاعه مقرونا بشرط فاسد أو بزيادة في المال الربوي ممنوع وكذا الوطء و الطلاق .

نلاحظ من خلال هذا التقسيم للمنهى عنه أن العلماء متفقون في أن المنهي عنه لذاته يقتضي الفساد كالكذب و الظلم و السرقة و الزنا ، فإن النهي في هذه الصور يرجع إلى ذات المنهي عنه ، ووقع الاختلاف في المنهي عنه لا لذاته بل لوصفه اللازم أو وصفه المجاور فالحنفية⁽¹⁾ لهم مسلك فريد حيث فرقوا بين الفساد و البطلان و اعتبروا أن ما نهى الشارع عنه لذاته باطل و ما نهى عنه لوصفه فهو الفاسد وخصص الحنفية اسم الباطل بما لا ينعقد بأصله كبيع الخمر و الحر و الفاسد بما ينعقد عندهم بأصله دون وصفه كعقد الربا ، فالبيع الفاسد عندهم يشارك الصحيح في إفادة الملك إذا اتصل بالقبض و حاصل هذا أن قاعدتهم بأنه لا يلزم من كون الشيء ممنوعا بوصفه أن يكون ممنوعا بأصله فجعلوا الفساد منزلة بين الصحيح و الباطل فقالوا : الصحيح هو المشروع بأصله ووصفه و هو العقد المستجمع لكل شرائطه و الباطل ممنوع بأصله ووصفه .

أمّا الجمهور⁽²⁾ فلم يفرقوا بين المنهي عنه لذاته و المنهي عنه لوصفه اللازم ، لأن الفساد و البطلان عندهم بمعنى واحد .

ولكن وقع الاختلاف بينهم في المنهي عنه لا لذاته ولا لوصفه اللازم بل لوصفه المجاور غير اللازم فذهب الجمهور إلى أن النهي إذا كان لمجاور لا يقتضي الفساد و البطلان .

و ذهب الحنابلة⁽³⁾ و الظاهرية⁽⁴⁾ أن النهي يقتضي الفساد مطلقا .
ونستطيع أن نلخص آراء العلماء في أن النهي يقتضي الفساد أم لا على ثلاثة أقوال ،
وفصلتها في المطالب الآتية :

المطلب الأول : النهي المطلق المجرد عن القرائن لا يقتضي الفساد مطلقا .

1 () البزدوي ، أصول البزدوي ص 55 .

2 () الرازي ، المحصول ، ج 1 ص 112 . - العلاني ، تحقيق المراد ، ص 72 فما بعدها .

3 () ابن بدران ، المدخل إلى مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ج 1 ص 233 .

4 () ابن حزم ، إحكام الأحكام ، ج 1 ص 269 .

و الإطلاق معناه عدم اقتران النهي بقريضة أو دليل على أنّ النهي منصرف إلى ذات التصرف أو إلى وصفه .⁽¹⁾

ذهب أكثر الحنفية⁽²⁾ و جماعة من الشافعية⁽³⁾ و المعتزلة أنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً لا لغة و لا شرعاً لا في العبادات و لا في المعاملات ، قال الإمام الأمدي⁽⁴⁾ : قال البعض : لا يقتضي الفساد ، و هو اختيار المحققين من أصحابنا كالقفال⁽⁵⁾ ، و إمام الحرمين و كثير من الحنفية و به قال جماعة من المعتزلة كأبي عبد الله البصري و أبي الحسن الكرخي و القاضي عبد الجبار⁽⁶⁾ و أبي الحسين البصري و كثير من مشايخهم ، و لا نعرف خلافاً في أنّ ما نهى عنه لغيره أنّه لا يفسد كالنهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة إلا ما نقل عن مذهب مالك و أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه .⁽⁷⁾

و قال السمعاني : ومن أصحابنا من قال : أنّ النهي لا يدل على فساد المنهي عنه و حكي عن الشافعي رحمه الله ما يدلّ عليه و هذا اختيار أبي بكر القفال الشاشي و هو قول الكرخي و من معه من أصحاب أبي حنيفة و هو قول أكثر المتكلمين ومنهم أبو علي و أبو هاشم و أبو عبد الله البصري .⁽⁸⁾

استدل القائلون بأنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً بأدلة منها :

أنه لو قال : نهيتك عن ذبح شاة الغير بغير إذن لعينه ، ولكن إن فعلت حلت الذبيحة ، وكان ذلك سبباً للحل ، ونهيتك عن استيلاء جارية الابن لعينه ، وإن فعلت ملكتها ، ونهيتك عن بيع

1 (محمد فتحي الدريني ، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ج 1 ص 288 .

2 (البزدوي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 257 .

3 (الأمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 232 .

4 (هو : أبو الحسين علي بن أبي علي محمد بن سالم التغلبي أو الثعلبي الملقب بسيف الدين الأمدي كان فقيهاً أصولياً ، و كان في أول شبابه حنبلي المذهب و بقي على ذلك مدة ثم انتقل إلى مذهب الإمام الشافعي ، و من مؤلفاته : دقائق الحقائق و الأحكام في أصول الأحكام ، توفي سنة 631 هـ . [ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، ج 3 ص 293 . و - الزركلي ، الأعلام ، ج 2 ص 294] .

5 (هو محمد بن علي بن إسماعيل القفال الشاشي الفقيه الشافعي إمام عصره كان فقيهاً محدثاً أصولياً لغوياً شاعراً لم يكن بما وراء النهر مثله في وقته للشافعية ، سار في ذكره في البلاد ، وصنف في الأصول والفروع وسمع ، توفي سنة 365 هـ [الوافي بالوفيات - ج 1 / ص 489] .

6 (عبد الجبار بن أحمد ، القاضي أبو الحسن الهمداني المعتزلي قاضي قضاة الري شيخ الاعتزال ، توفي سنة سنة أربع عشرة وأربع مائة وقيل سنة خمس عشرة زاد سنة على التسعين . وكان كثير المال والعقار ، ولي قضاء القضاة بالري وأعمالها بعد امتناع منه وإبائه وإلحاح من صاحب بن عباد . وهو صاحب التصانيف المشهورة في الاعتزال ، وتفسير القرآن ، وكان مع ذلك شافعي المذهب . [الوافي بالوفيات ج 6 ص 38] .

7 (الأمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ص 232 . علاّق عليه الشيخ عبد الرحمن عفيفي ، دار ابن حزم حزم ، ط 1 1424 هـ .

8 (السمعاني ، أبو المظفر منصور (ت 489 هـ) ، قواطع الأدلة في الأصول ، ج 1 ص 140 .

مال الربا بجنسه متفاضلا لعينه ، وإن فعلت ثبت الملك ، وكان البيع سببا له فإنه لا يكون متناقضا (1).

و أنّ النهي لو دلّ على الفساد لغة أو شرعا لاقتضى التصريح بالصدّة لغة أو شرعا و اللازم باطل و الملازمة ظاهرة ، و دليل بطلان اللازم هو أنّ الشارع لو قال : نهيتك عن الربا نهى تحريم ، لكن لو فعلت ذلك لكان البيع المنهي عنه موجبا للملك لصحّ من غير تناقض لا لغة ولا شرعا ، و لو قال صاحب الشرع نهيتك عن الصلاة في الدار المغصوبة و عن الوضوء في المال المغصوب و إذا أتيت بهذه العبادات جعلتها سببا لبراءة ذمتك من الصلاة الواجبة و الحجّ الواجب لما حصل تناف بين النهي و بين صدّة العبادة لأنّ مصالح العبادات حاصلة في تلك الصور ، و إنما قارنتها مفسدة و معتمد البراءة حصول المصلحة لا عدم مقارنة المفسدة . (2)

و يجاب على هذا الدليل بأنّ النهي قد يكون في أساس العبادة و ركنها وليس لأمر خارج عنها و لو قلنا بأنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقا ، لاستلزم أن نقول : أنّ الزنا حلال و أنّ أكل أموال الناس باطل حلال ، و قالوا : لو دلّ النهي على الفساد لدلّ عليه إما بلفظه أو بمعناه في حين أنّ الفساد في العبادة عدم الإجزاء و في العقود عدم ترتب الآثار المطلوبة عليه شرعا أمّا عدم دلالاته معنى فلأن من شروط الدلالة المعنوية وجود اللزوم العقلي ، كما بين العمى و البصر أو العرف كما بين الوجود الحاتم و الجود وكلاهما متنافيان . (3)

و يناقش هذا الدليل بأنّ الحقيقة الشرعية للنهي هي التحريم باتفاق الجمهور من الفقهاء و الأصوليين ، و من الواضح أنّ كل محرم لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يشتمل على مفسدة يجب الكف عنها وبناءً على ذلك حرمة المنهي عنه إما تساوي الفساد أو تستلزمه شرعا و اللزوم بينهما شرعي فلا حاجة إلى اللزوم العقلي أو العرفي ما دام الموضوع يخص الشرع فقط (4) .

وقال القائلون بأنّ النهي يقتضي الفساد : لو دلّ النهي على الفساد لكان ذلك لدليل يقتضيه والدليل إما عقلي أو نقلي و النقلي إما إجماع أو نص والنص إما متواتر أو آحاد ولم يثبت شيء من ذلك جميعه ولا دلالة له من جهة العقل أيضا لما سيأتي فلم يكن النهي دالا عليه .

(1) (الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 188 .
 (2) الزلمي ، مصطفى ، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية ، ص 130 . ط2 مطبعة شفيق بغداد 1406 هـ .
 (3) الرازي ، المحصول في علم أصول الفقه ، ج 1 ص 489 وما بعدها ، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني ط1 1399 هـ .
 (4) الدكتور مصطفى الزلمي ، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية ، 133 .

وقالوا : أن النهي إما أن يدل على الفساد دلالة لفظية أو معنوية وهما باطلتان فالقول بأنه يقتضي الفساد باطل أما بطلان الدلالة اللفظية فلأنها إما أن تكون بحسب اللغة أو مستفادة من جهة الشرع والأول باطل لما تقدم ولأن البدوي العارف باللغة غير العارف بالأحكام الشرعية إذا سمع لفظ النهي لم يفهم منه سوى المنع من الفعل ولا يخطر بباله الفساد قط ولو كان موضوعا له لغة لم يكن كذلك .

والثاني أيضا باطل لما تقدم أن الأصل عدم النقل وأيضا فلأنه لو كان موضوعا للفساد من جهة الشرع لزم ترك مقتضى اللفظ في الصور التي استعمله فيها ولم يترتب على ذلك النهي فساد كالصلاة في الدار المغصوبة والذبح بسكين مغصوبة ونحو ذلك وهذا بخلاف ما إذا لم نقل بأنه يدل على الفساد فانه في الصور التي قيل فيها بفساد المنهي عنه يكون ذلك لأمر زائد على ما دل عليه اللفظ ولم يتعرض له اللفظ بنفي ولا إثبات ولا شك في أن هذا أولى

و أيضا لو كان موضوعا للفساد لغة أو شرعا للزم من ذلك التناقض إذا صرح بالصحة مع صريح النهي كما إذا قال مثلا لا تتوضأ بالماء المغصوب ولا تذبح بسكين مغصوب وإن فعلت ذلك صحت طهارتك وحلت الذبيحة . (1)

ويجاب على هذه الحجة بأن هنالك نصوصا شرعية بيّنت أن النهي يقتضي الفساد ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد " (2)

و انعقد الإجماع عند فقهاء المسلمين على اختلاف أعصارهم و أمصارهم على الاستدلال بالنهي الوارد في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمَنَ ﴾ (3) ، على فساد زواج المشركات .

و الردّ على قولهم من المعقول في حالة رجوع النهي إلى ركن أو شرط المنهي عنه فلا أمر واضح لأنه لا يتصور تحقق الكل بدون الجزء و تحقق المشروط مع تخلف الشرط و في صورة رجوعه إلى الوصف الخارج فالتصرف إنما قصد مع هذا الوصف فتخلفه يعني عدم تحقق التصرف المطلوب . (4)

أما القول بأنّ أبا حنيفة ذهب إلى أنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقا و إنما يقتضي الصحة غير مطابق للواقع لأنّ القاعدة في مذهب أبي حنيفة أنّ النهي عن الشيء لعينه يقتضي بطلانه

1 (العلاني ، خليل بن كيكلي (ت761هـ) ، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ، ج1 ص 149 . تحقيق : د. إبراهيم محمد السلفيتي ، الناشر : دار الكتب الثقافية - الكويت

2 (البخاري (ت256) ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ج2 ص 959 رقم الحديث 2550 .

3 (سورة البقرة : آية 221 .

4 (القرافي ، أبي العباس أحمد بن إدريس (ت648هـ) ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، ج2 ص 84.

و لوصفه اللازم يقتضي فساده و على هذا الأساس استحدثت الحنفية حالة ثالثة بين الصحيح و الباطل وهو الفاسد ، فقالوا : الباطل غير مشروع بأصله و وصفه و الفاسد مشروع بأصله و غير مشروع بوصفه .

فأبو حنيفة رحمه الله تعالى⁽¹⁾ يرى أنّ النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية و المتضمن للمفسدة باطل كالنهي عن بيع الخمر و الخنزير وما شاكل ذلك أمّا إذا وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النهي فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها ، أما إذا كان أصل الماهية سالما عن المفسدة و النهي إنما هو في الخارج عنها فلو قلنا بالطلان مطلقا لسوّينا بين الماهية المتضمنة للفساد و الماهية السالمة عن الفساد ، فتعيّن أن يقابل الأصل بالأصل ، و الوصف بالوصف ، و الأصل في تصرفات المسلمين و عقودهم الصّحة حتى يرد نهي ، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصّحة و يثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض ، و هو النهي فيفسد الوصف دون الأصل .⁽²⁾

المطلب الثاني : النهي يقتضي الفساد مطلقا سواء كان لعينه أو لوصفه .

ذهب الحنابلة⁽³⁾ و الظاهرية⁽⁴⁾ إلى أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقا سواء كان في العبادات أم في المعاملات و لم يفرّقوا بين المنهي عنه لذاته أو لوصفه اللازم أو لوصفه المجاور ما لم يعم دليل خارجي على أنّ النهي ليس للفساد .

فذهب الإمام أحمد و أكثر أصحابه أن النهي المطلق المجرد عن القرائن يقتضي فساد المنهي عنه سواء كان النهي لعينه كالكفر و الظلم و الكذب و نحوها أو كان لوصفه اللازم كصوم يوم العيد و كالعقد الربوي واحتجّ أحمد بأنّ النهي يعتمد المفسد ، فمتى ورد النهي أبطلنا ذلك العقد ، فالوضوء بالماء المغصوب معدوم شرعا و المتوضئ بالماء المغصوب صلاته باطلة و كذلك الصلاة في الثوب المغصوب و المسروق و كذلك الذبح بالسكين

1 (البزدوي ، أصول البزدوي ، ج1 ص 55 .
2 (البزدوي علي بن محمد الحنفى (ت656هـ) أصول البزدوي كنز الوصول الى معرفة الأصول ج1 ص 55 . و انظر - القرافي ، الفروق ، ج2 ص 512 .
3 (انظر شرح الكوكب المنير المسمّى بمختصر التحرير لمحمد بن شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز الفتوحى ، الشهير بابن النجار . ص 339 - 342 مطبعة السّنة المحمدية 1953 م . و - القرافي ، كتاب الفروق ج2 ص 514 .
4 (ابن حزم ، المحلى ، ج3 ص 307 .

المسروقة و المغصوبة ، فهي كلها معدومة شرعا فتكون معدومة حسا ، و من فرى الأوداج بغير أداة حسا لم تأكل ذبيحته ⁽¹⁾ ، و استدلوا لما ذهبوا إليه بالنص لقوله صلى الله عليه و سلم : " من أحدث في أمرنا ما ليس منه فه رد " ⁽²⁾

غير أنّ الحنابلة استثنوا من عموم قاعدة النهي يقتضي الفساد مطلقا : النهي لحق إنسان فقالوا : إذا كان النهي عن الشيء لغيره و كان هذا الغير عبارة عن حماية حق إنسان فإنه لا يقتضي الفساد لأنّ الشرع أعطى لهذا الإنسان حق الخيار في فسخ العقد لرفع غبنه و استدراك ما لحق به من الضرر . ⁽³⁾

واحتجّ الظاهرية أنه لا يتحقق أداء أي عمل شرعي إلا أن يكون كما أمر الله به أو كما أباحه لا كما نهى عنه .

قال ابن حزم : وكل أمر علق بوصف ما ، لا يتم ذلك للعمل المأمور به إلا بما علق به فلم يأت به المأمور كما أمر ، فلم يفعل ما أمر به فهو باق عليه كما كان ، وهو عاص بما فعل ، والمعصية لا تنوب عن الطاعة ، ولا يشكل ذلك في عقل ذي عقل ، فمن ذلك : من صلى بثوب نجس أو مغصوب وهو يعلم ذلك ، ويعلم أنه لا يجوز له ذلك الفعل ، أو صلى في مكان نهى عن الإقامة فيه كمكان نجس ، أو مكان مغصوب ، أو في عطن الإبل ، أو إلى قبر ، أو من ذبح بسكين مغصوبة ، أو حيوان غيره بغير إذن صاحبه ، أو توضأ بماء مغصوب ، أو بأنية فضة ، أو بإبناء ذهب ، فكل هذا لا يتأدى فيه فرض ، فمن صلى كما ذكرنا فلم يصل ، ومن توضأ كما ذكرنا فلم يتوضأ ، ومن ذبح كما ذكرنا فلم يذبح وهي ميتة لا يحل لأحد أكلها لا ربها ولا غيره ، وعلى ذابحها ضمان مثلها حية ، لأنه فعل كل ذلك بخلاف ما أمر . وقال عليه السلام : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " ⁽⁴⁾ . قال علي : وقد نهاه الله تعالى عن استعمال تلك السكين ، وعن ذبح حيوان غيره بغير إذن مالكة ، وعن الإقامة في المكان المغصوب ، وأمر بالإقامة للصلاة ، وبتذكية ما يحل أكله ، وبضرورة العقل ، علمنا أن العمل المأمور به هو غير العمل المنهي عنه ، ولا يتشكل في العقل غير ذلك ، فذبحه حيوان غيره أو بسكين مغصوبة ليس هو التذكية المأمور بها ، فإذا لم يذك كما أمر فلم يحل بذلك العمل المنهي عنه أكل ما لا يحل أكله إلا بالتذكية المأمور بها ، ولا شك في أن إقامته في المكان المغصوب ليست الإقامة المأمور بها في الصلاة ، ولو كان ذلك لكان الله عز وجل أمرا بها ، ناهيا عنها إنسانا واحدا ، في وقت واحد ، في حال واحدة ، وهذا مما قد تنزه الحكيم العليم في إخباره تعالى أنه لا يكلف

1 (المصدر السابق نفسه .

2 (سبق تخريجه ص 19 حاشية رقم 1 .

3 (محمد الفتوحى ، شرح الكوكب المنير ، ص 342-339 .

4 (سبق تخريجه ص 19 حاشية 1 .

نفسا إلا وسعها ، وليس اجتتاب الشيء و الإتيان به في وقت واحد في وسع أحد ، فصح ما قلنا ، وبالله التوفيق . وقد عارض في هذا بعض أهل الإغفال بمن طلق أو أعتق في مكان مغصوب ، أو صبغ لحيته بحناء مغصوبة ، أو تعلم القرآن في مصحف مغصوب (1) .

ذهب الجمهور (2) أنّ النهي يقتضي الفساد إذا تعلق النهي بالفعل بأن طلب الكف عنه ، فإن كان لعينه أي لذات الفعل أو لجزئه و ذلك بأن يكون منشأ النهب قبحا ذاتيا كان النهي مقتضيا للفساد المرادف للبطلان عند الجمهور سواء كان الفعل حسيا كالزنا و شرب الخمر أو شرعيا كالصلاة و الصوم و استدلل الجمهور على اقتضائه للفساد شرعا أنّ العلماء في جميع الأعصار لم يزالوا يستدلون به على الفساد في أبواب الربويات و الأنكحة و البيوع و غيرها و لو لم يفسد لزم من نفيه حكمة يدل عليها النهي ومن ثبوته حكمة تدل عليها الصحة و اللازم باطل لأن الحكمتين و إن كانتا متساويتين تعارضتا و تساقطتا فكان فعله كلا فعل و امتنع النهي عنه لخلوّه عن الحكمة و إن كانت راحة امتنعت الصحة لخلوها عن المصلحة أيضا لفوت قدر الرجحان من مصلحة النهي . (3)

وذهب أبو الحسين البصري و الغزالي (4) و الرازي إلى أنّ النهي لا يقتضي الفساد إلا في العبادات فقط دون المعاملات ، و استدلل القائلون بأن النهي يقتضي الفساد في العبادات دون المعاملات بالأدلة الآتية :

أ . أن العبادات المنهي عنها لو صحت لكان مأمورا بها ندبا لعموم أدلة مشروعية العبادات ، لأن الأمر لطلب الفعل و النهي لطلب الترك وهو محال ، أمّا عدم اقتضائه للفساد في غير العبادات فلأنه لو اقتضاه في غيرها لكان غسل النجاسة بماء مغصوب و الذبح بسكين مغصوبة و طلاق البدعة و البيع في وقت النداء و الوطء في من زمن الحيض غير مستتبعة لآثارها من زوال النجاسة و حل الذبيحة و أحكام الطلاق و الملك و أحكام الوطء و اللازم باطل فالملزوم مثله . (5)

ويجاب على ما استدلوا به بأنّ النهي في الأمثلة التي ذكروها ليس لعين الشيء ولا لجزئه بل لأمر خارج و لو سلّم لكان عدم اقتضائها للفساد لدليل خارجي فلا يرد النقيض بها ، و نقول

(1) ابن حزم (ت456هـ) ، المحلى ، ج3 ص307 ، تحقيق أحمد شاكر ، مطبعة العاصمة ، الناشر زكريا علي يوسف .

(2) الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج1 ص 156 .

(3) الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج1 ص 165 .

(4) الغزالي ، المستصفى ، ج1 ص 221 .

(5) الرازي ، المحصول ، ج2 ص 287 . و - و الأمدي ، الأحكام . و انظر : - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج1 ص 165 .

أيضا إنَّ ما استدلّوا به قد يصلح للرد على الحنفية و الجمهور ولكنه لا يلزم الظاهرية و الحنابلة لأنهم يقولون بالفساد في هذه الصور المذكورة .

و رجّح الإمام الشوكاني أنَّ النهي في العبادات و المعاملات يقتضي الفساد المرادف للبطلان اقتضاء شرعيا ولا يخرج من ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي و استدل لذلك بقوله عليه السلام : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " (1) و المنهي عنه ليس عليه أمرنا فهو رد و ما كان ردا أي مردودا كان باطلا .

و قد أجمع العلماء مع اختلاف أعصارهم على الاستدلال بالنواهي على أنَّ المنهي عنه ليس من الشرع و أنَّه باطل لا يصح و هذا المراد بكون النهي مقتضيا للفساد . (2)
على أنَّ الحنابلة ذهبوا إنَّ من صلى في عمامة محرمة أو خاتم ذهب صحت صلاته و عللوا ذلك أنَّ النهي لا يعود إلى شرط الصلاة . (3)

المطلب الثالث : التفريق بين المنهي عنه لعينه أو لوصفه أو لمعنى مجاور.

ذهبت الحنفية (4) إلى أنَّ مقتضى النهي قبح المنهي عنه شرعا و المنهي عنه باعتبار القبح قسمان ، قبيح لعينه و قبيح لغيره ، فالمنهي عنه لعينه و القبيح لذاته وضعاً أو شرعا هو ما تكون ماهيته متضمنة لمفسدة لأنَّ النهي يعتمد المفسد كما أنَّ الأمر يعتمد المصالح ، و من هذا النوع بيع الملاقيح و المضامين (5) في المعاملات .

و الصلاة بلا وضوء في العبادات و الزنا و القتل و الظلم و الكذب في الأعمال غير المشروعة الأخرى ، و وجه القبح الذاتي شرعا للبيع ، هو عدم وجود محل مشروع له لعدم المالية في المبيع فقد قالوا : إنَّ للعقد أركاناً أربعة : وهي العوضان و المتعاقدان ، فمتى توافرت سالمة عن النهي ، تكون الماهية معتبرة شرعا و متى انخرم أحد الأركان عدمت الماهية

1 (سبق تخرجه ص 51 .

2 (الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج1 ص 165 .

3 (عبد الله المقدسي ، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ج1 ص 266 .

4 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج1 ص 80 .

5 (الملاقيح : بيع ملاقوح وهو جنين الناقة . يقال : ناقاة ملاقوح و لَدُّها ملاقوح إلا أنَّهم استعملوه بحذف الجار و الناقاة ملاقوحة .

والمضامين : في أصلاّب الفحول وهو جمع مضمون يقال ضمن الشيء بمعنى تضمنه : [ابن الأثير (ت606هـ) ، النهاية في غريب الأثر - (ج 4 / ص 236) تحقيق طاهر أحمد الزاوي ط4 ، 1364هـ ، مؤسسة إسماعيليان / قم .

ضرورة لأنّ الماهيّة المركبة كما تعدّ لعدم كل الأجزاء كذلك تعدّ لعدم مشروعية أحدها ، فبيع الغنم بالخنزير باطل لعدم مشروعية أحد العوضين . (1)

و إن سلتعراض قول الحنفية في أنّ النهي يقتضي الفساد يدل أنّ الحنفية لا يقولون باقتضائه الفساد مطلقا و لا بعدم اقتضائه الفساد مطلقا ، و إنهم صرّحوا بذلك ، قال الجصاص رحمه الله تعالى : مذهب أصحابنا أنّ ظاهر النهي يوجب فساد ما تناوله من العقود و القرب إلا أن تقوم دلالة الجواز ، و ساق الجصاص ما يثبت أنّ مذهب أبا حنيفة أنّ النهي يقتضي الفساد بحكاية عبد الوارث بن سعيد ، وهي أنه قال أتيت مكة فوجدت بها أبا حنيفة رحمه الله وابن أبي ليلى وابن شبرمة رحمهم الله فأتيت أبي حنيفة فقلت له ما تقول في رجل ابتاع بيعا واشترط شرطاً فقال البيع باطل والشرط باطل فأتيت ابن أبي ليلى فسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط باطل قال فأتيت ابن شبرمة فذكرت له ذلك فقال لا أدري ما قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم ناقه واشترط لي حملانه إلى المدينة فأجاز البيع والشرط فاحتج أبو حنيفة في إفساد ما أفسد بظاهر النهي دون غيره . (2)

ومذهب الشافعي رحمه الله تعالى (3) أنّ النهي عن الشيء إن كان لعينه أو لوصفه اللازم اقتضى الفساد و إن كان لأمر خارج عنه منفك عنه في بعض مواده لم يقتض فسادا سواء كان ذلك في العبادات أو العقود أو الإيقاعات ، ومن أمثلة ما كان النهي عنه لعينه كالصلاة بغير وضوء ، أو إلى غير القبلة و بيع الميتة و نكاح المحارم ونحوه و الثاني كصوم يوم العيد و بيع

(1) أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي (ت490هـ) ، أصول السرخسي ، ج 1 ص 80 وما بعدها . حقق أصوله أبو الوفاء الافغاني ، دار الكتاب العلمية بيروت لبنان .
 (2) الجصاص ، الفصول في الأصول ، ج 2 ص 145 .
 (3) الحصني ، كتاب القواعد ، ج 3 ص 52 .

الملازمة⁽¹⁾ و المناظرة⁽²⁾ و الحصاة⁽³⁾ و الطير في الهواء و نكاح الشغار⁽⁴⁾ و عقود الربا و نحوه .⁽⁵⁾

وذهب الحنفية⁽⁶⁾ أن المنهي عنه لوصفه اللازم مستوفيا لأركانه الشرعية كالبيع الربوي ، فهو مشروع بأصله لتوفر أركانه ، وغير مشروع بوصفه و هو الفضل الخالي عن العوض الذي به تفوت المساواة التي هي شرط الجواز للعقد في الربويات ، و شرط الشيء تابعه فيكون وصفا . وكصوم يوم العيد في العبادات فإنه حسن لذاته قبيح لمعنى اتصل بالوقت الذي هو محل الأداء فهو وصف لازم لا ينفك عنه ، فمباشرة مرتكب للحرام لغيره لا لنفسه فالعقد مشروع بأصله لذا يكون موجبا للملك إذا اتصل به القبض ، و كذلك الصوم يوم العيد إن نذر أن يصوم العيد صحيح بأصله فاسد بوصفه فعليه أن يصوم و يقضيه .⁽⁷⁾

و النهي قد يكون للوصف المجاور و هو أن يكون العمل مشروعاً بماهيته لكنه منهي عنه لوصف ممكن الانفكاك عنه كالبيع وقت النداء للجمعة المنهي عنه بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾⁽⁸⁾

فالنهي لم يتوجه إلى ذات البيع و لا إلى وصفه اللازم بل لوصف مجاور و هو أن انشغال المتعاقد بالبيع قد يؤدي لتترك السعي إلى ذكر الله ، و مثل ذلك الصلاة في الأرض المغصوبة و الصلاة بثوب حرير و الذبح بالسكين المغصوبة .⁽⁹⁾

(1) بيع الملازمة هو الذي لم يمتد ثوبه أو لم يمتد ثوبك فقد وجب البيع وقيل هو أن يلامس المتاع من وراء ثوب ولا يذطر إليه ثم يقع البيع عليه وهذا من الغرر [ابن الجوزي (ت597هـ) ، غريب الحديث ج2 ص 331 تحقيق : د. عبدالمعطي أمين قلجي ط 1 ، 1985 م . دار الكتب العلمية - بيروت]
(2) و المناقبول : الذي جاء في صاحبه انبذ إلى الثوب أو انبذ إليه وقد وجب البيع بكذا وكذا [ابن الجوزي ، غريب الحديث ج2 ص 386]

(3) بيع الحصة أن يقول البائع أو المشتري إذا ذبحت إليك الحصاة فقد وجب البيع . وقيل : هو أن يقول : بعدتك من أصل حصاةك إذا رميت بها أو بعدتك من الأرض إلى حيث تذهب حصاةك والكل فاسد لأنه من بئوع الجاهلية وكلها غرر لما فيها من الجهالة [النهاية في غريب الأثر - (ج 1 / ص 985)]

(4) هو نكاح معروف في الجاهلية كان يقول الرجل للرجل يا غرابي زوجني أختك أو بنتك أو من تلى أمرها حتى أزوجه أختي أو من ألى أمرها ولا يكون بينهما مهر ويكون بضعة كل واحدة منهما في مقابلة بضعة الآخر لا رافع المهر بينهما من شغل الكلب إذا رفع إحدى رجليه ليأخذ النهاية في غريب الأثر - (ج 2 / ص 482)

(5) الحصني ، أبي بكر بن محمد (ت829هـ) ، كتاب القواعد ج3 ص 52-53 ، ط1 ، 1415هـ ، مكتبة الرشيد - الرياض .

(6) السرخسي ، أصول السرخسي ، ج1 ص 80 .

(7) الشاشي ، أحمد بن محمد بن إسحاق ، أصول الشاشي ، ج1 ص 16 ، 1402هـ ، دار الكتاب العربي - بيروت . و انظر : السرخسي ، أصول السرخسي ، ج1 ص 81 .

(8) الجمعة : آية 9

(9) انظر القرافي ، الفروق ، ج2 ص 515 .

نقد الدريني لمذهب الجمهور :

ذكر الأستاذ الدريني بعض الاعتراضات على مذهب الجمهور منها ⁽¹⁾ :

(1) أنّ النهي المطلق لو كان يرفع أصل المشروعية أي يوجب البطلان كما يرى الجمهور لأصبح المنهي عنه معدوما شرعا و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) فلا يتحقق الانتهاء حينئذ عن المعدوم و إنما يتحقق الانتهاء عن شيء و المعدوم ليس بشيء فلا بدّ ليصحّ النهي موجبا لوجب الانتهاء أن يكون المنهي عنه ممكنا أي ما يمكن أن يتكوّن و يوجد بمعناه الشرعي بفعل المكلف حتى إذا أوجده وجد كما ذكرنا ووجوده الشرعي يقتضي مشروعيته بحكم الشرع لا بطلانه .

و أجيب على ما ذكره الأستاذ الدريني أنّ المنهي عنه كان شيئا ، و لكن ورود النهي عليه جعله معدوما شرعا فالنهي انصب على شيء منهي عنه فجعله معدوما و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

(2) إنّ إعدام المشروعية بالنهي نسخ و إلغاء و النهي ضد النسخ فالمنسوخ لا يتصور وجوده شرعا أي ليس ممكنا و لو وجد حسا و صورة أمّا النهي المطلق فهو تصرف من الشاع في منع المكلف من أداء ما هو مشروع ، فالمحرّم هو الأداء و الترك يثاب عليه المكلف ، فالنهي المطلق لا يبطل أصل المشروعية و إنما يفسد الأداء فحسب ، كصيام يوم العيد فأصل الصيام مشروع و المنهي عنه هو الصيام في هذا اليوم المحرّم ، و بذلك يظهر أن النهي المطلق عن المشروع لا يبطل أصل مشروعيته و إنما يفسد الأداء فحسب .

و أجيب عنه : بأنّ عدم ترتب الأجزاء في العبادة أو الأثر في المعاملة هو معنى البطلان الذي يترتب عليه الانعدام فالصوم لمّا كان منهيّا عنه لا يصحّ التقرب إلى الله به فصوم العيد باطل بهذا الاعتبار .

مناقشة الأقوال السابقة و الترجيح بينها :

من خلال استعراض الأقوال السابقة تبين أن الحنابلة و الظاهرية عملوا بقاعدة : النهي يقتضي الفساد على إطلاقها وهم بالضرورة يعملون بقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) و يتوسعون أكثر من غيرهم في التطبيقات لهذه القاعدة ، لأنهم لا يفرقون بين المنهي عنه لذاته و المنهي عنه لوصفه و المنهي عنه لغيره ، فالزنا و الظلم و نحوهما مما نهى عنه لذاته سواء في

(1) محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ج ص 293 فما بعدها .

اقتضاء الفساد كالربا المنهي عنه لوصفه اللازم و كالصلاة في الثوب المغصوب و الدار المغصوبة المنهي عنه لا لذاته و لا لوصفه اللازم بل لمعنى في غيره .

وذهب فريق من العلماء كما نقل عن الأمدى و القفال الشاشي و إمام الحرمين الجويني وكثير من الحنفية و جماعة من المعتزلة :أنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقا .⁽¹⁾

وقالوا إنّ النهي لا يدل على الفساد لا بلفظه و لا معناه ، فوجب أن لا يدل عليه أصلا لأنّ اللفظ لا يدل إلا على الزجر لا على الفساد ، أما من حيث المعنى فإنّ الدلالة المعنوية لا تستحق إلا إذا كان مسمى الشيء لازما بواسطة دلالة على المسمى و هاهنا الفساد غير لازم للمنع لأنه لا استبعاد أن يقول الشارع : لا تصلي بالثوب المغصوب و إن صليت صحت صلاتك ، و لا تدبح بالسكين المغصوب و إن ذبحت صحت ذبيحتك ، و إذا انتفتت الملازمة انتفتت الدلالة المعنوية .⁽²⁾

وذهب جمهور المالكية⁽³⁾ و الشافعية⁽⁴⁾ أنّ النهي يقتضي الفساد إذا كان المنهي عنه لعينه أو لوصفه اللازم أمّ إذا كن لغيره فإنه لا يوجب الفساد ، قال الشيرازي في استدلاله لمذهب الشافعية أنّ النهي إذا كان لذات المنهي عنه يقتضي الفساد :

لنا قوله عليه السلام : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " ⁽⁵⁾ وروي : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " ⁽⁶⁾ والمنهي عنه ليس عليه أمره فيجب أن يكون ردا .

فإن قيل : هذا من أخبار الأحاد فلا يجوز أن يستدل به على مسائل الأصول ، قيل هو وإن كان من أخبار الأحاد إلا أنه متلقى بالقبول فهو كالماتواتر ولأن هذا وإن كان من مسائل الأصول إلا أنها من مسائل الاجتهاد فهي بمنزلة سائر الفروع .

فإن قيل : الرد ضد القبول وهو ما لا يثاب عليه ولهذا يقال هذا عمل مقبول وهذا عمل مردود ولهذا يقال في دعاء شهر رمضان ليت شعري من المقبول منا فنهنيه ومن المردود فنعزیه وكأنه قال : من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو غير مقبول ونحن نقول إن ذلك غير مقبول على معنى أنه لا يثاب عليه ، قلنا الرد يستعمل في ضد القبول كما ذكره ويستعمل في معنى الإبطال والإفساد ، ألا ترى أنك تقول رددت على فلان كذا إذا أفسدته وأبطلته ويقال في

1 (الأمدى ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ، ص 232 . - و البزدوي ، كشف الأسرار ، ج 1 ص 251 .

2 (الرازي ، المحصول ، ج 2 ، ص 295 .

3 (القرافي ، الفروق ، ص 514 .

4 (الشيرازي ، التبصرة ، ج 1 ص 101 .

5 (سبق تخريجه ص 54 .

6 (سبق تخريجه ص 19 حاشية رقم 1.

بعض الكتب على المخالفين الرد على فلان وإذا كان اللفظ مستعملا في الأمرين وجب أن يحمل اللفظ على الجميع .

فإن قيل الذي ليس من ديننا هو الشيء المنهي عنه من الالتفات في الصلاة والغيبة في الصوم وذلك عندنا مردود باطل والخلاف فيما يقع فيه المنهي عنه كالصوم والصلاة وذلك من ديننا فلم يكن ردا ، قلنا فعل العبادة على وجه النهي أيضا ليس من الدين ولهذا لا يثاب عليه ولا يجوز فعلها فوجب أن يكون مردودا ويدل عليه هو أن الصحابة رضي الله عنهم احتجوا في الإبطال بالنهي روي عن ابن عمر أنه قال نكاح المشركات باطل لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا

الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ ﴾ (1)

وأیضا هو أن الأمر اقتضى اشتغال الذمة بعبادة متجردة عن النهي إذ لا يجوز أن يكون المنهي عنه هو الذي ورد الأمر به فإذا فعل على الوجه المنهي عنه لم يأت بالمأمور به وإنما أتى بغيره فبقي الفرض في ذمته كما كان وصار بمنزلة ما لو أمر بفعل الصلاة فأتى بالصوم ولأن الحكم بصحة العبادة وإجزائها للأمر المنهي عنه لم يتعلق به الأمر فلم يجز أن يحكم له بالصحة .

واحتجوا بأن النهي يقتضي قبح المنهي عنه وقبحه لا يدل على بطلانه كالطلاق في حال الحيض والوضوء بالماء المغصوب . والجواب هو أن النهي يقتضي معنى يدل على القبح وهو أن ما يفعله غير ما ورد به الشرع وذلك يوجب بطلانه على ما بيناه .

وأما الطلاق في حال الحيض والوضوء بالماء المغصوب فإنما حكمنا بصحتها . (2)
و الحنفية اعتبروا أنّ أصل الماهية سالم عن المفسدة والنهي إنما هو في الخارج عنها فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين الماهية السالمة عن الفساد .
أمّا الحنابلة فقد اعتبروا أنّ النهي يعتمد المفسد ومتى ورد النهي أبطلوا ذلك العقد ، فإنّ العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف أمّا بدونه فلم يتعرض له العاقلان فيبقى على الأصل غير معقود عليه ، وكذلك الوضوء بالماء المغصوب معدوم شرعا والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا ومن صلى بغير وضوء حسا فصلاته باطلة . (3)

1 (سورة البقرة : آية 221 .

2 (الشيرازي ، التبصرة ، ج 1 ص 101 .

3 (انظر القرافي ، الفروق ، ص 514 . - و انظر محمد أديب الصالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، ج 2 ، ص 412 . و انظر فتحي الدريني ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي . ص 721 .

الترجيح: من خلال استعراض الأقوال السابقة أرى رجحان ما ذهب إليه الحنفية ، لأنّ الحنفية فرقوا بين الفساد و البطلان في المعاملات التي تبني لتحقيق المصالح الدنيوية و تيسير شؤون الحياة فكان تفريقهم بين الباطل و الفاسد له فائدة في تصحيح العقود .

و إنّ التفريق بين الفساد و البطلان يفرّق بين ما هو منهي عنه لذاته و ما كان الخلل في ماهيته و بين المنهي عنه لوصفه ، و الحنفية في النكاح و المعاملات لا يفرقون بين الفساد و الباطل بل جعلوهما مترادفين ، ثم إنّ الحنفية و إن حكموا بصحة الأصل دون الوصف و رتبوا عليه الآثار المقصودة فقد أحاطوا ذلك بوجوب إزالة سبب النهي ، ففي بيع الخمر مثلاً و إن كانوا يعتبرون الخمر سبباً للملك فإنهم يعتبرون المكلف في الوقت نفسه آثماً و يوجبون عليه إزالة الإثم إمّا باستبدال الخمر بغيره أو بفسخ العقد .⁽¹⁾

المبحث الرابع

تطبيقات القاعدة فيما يتعلق بالأهلية

الأهليّة لغة : تعني الصلاحية ، يقال : فلان أهل لكذا أي صالح له .⁽²⁾
و تنقسم الأهليّة في اصطلاح الأصوليين إلى أهليّة وجوب و أهليّة أداء .
وأهلية الوجوب هي أهليّة الشخص لأن تكون له حقوق و عليه واجبات أو صلاحية الالتزام و الإلزام .⁽³⁾

1 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 188 ، فما بعدها . - سعد التفتازاني ، التوضيح مع التلويح ، ج 1 ص 218 .

2 (المعجم الوسيط ، ج 1 ص 67 .

3 (البزدوي ، أصول البزدوي ، ج 1 ص 324 .

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في أهلية الوجوب .

تثبت أهلية الوجوب بثبوت الذمة للإنسان ، و الذمة تثبت لكل إنسان حيّ ، فما من مولود يولد إلا وله ذمة . (1)

و يقصد بالذمة في اصطلاح الأصوليين : بأنّها وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له و ما عليه . (2)

و الجنين ما دام في بطن أمّه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء الأم و لكنّه منفرد بالحياة معد ليكون له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له لا عليه ، من عتق أو نسب أو وصيّة ، و باعتبار الوجه الأوّل لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، فإذا انقلب على مال إنسان وأتلفه كان ضامناً له و يلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه ، و هذه الحقوق تثبت شرعاً . (3)

فالجنين من حيث وجوب الحقوق عليه يعتبر في حكم المعدم شرعاً مع وجود الجنين حساً ، بدليل أنّه تجب له الحقوق و لكن لا تجب عليه حقوق ، و هذه الأهلية يسميها العلماء : أهلية ناقصة لأن الحقوق تجب له و لا تجب عليه (4) .

أمّا الحقوق التي يكون فيها نفع و تحتاج إلى قبول كالشراء و الهبة ، فإنّها لا تثبت له لأنّ الجنين ليست له عبارة ، و ليس له وليّ أو وصيّ يقوم مقامه ، كذلك لا يثبت عليه شيء من الحقوق لغيره ، فلا يجب في ماله شيء من نفقة أقاربه المحتاجين ، فهو من حيث الواجبات في حكم المعدم شرعاً . (5)

أمّا أهلية الوجوب الكاملة فهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له و عليه ، و تثبت هذه الأهلية بمجرد الولادة حيّاً ، فيكون صالحاً لكسب الحقوق و تحمل الواجبات التي يجوز للولي أو الوصي أدائها نيابة عنه ، و لكن الصبي في بعض الجوانب أقواله و أفعاله غير معتبرة شرعاً و في حكم المعدومة فهو و إن كان يجب في ماله ضمان المتلفات و نفقة الأقارب لأنّ أدائها يتحمل النيابة فيؤديها الولي عن الصغير ، لكنّه في العقوبات جانياته تعتبر معدومة شرعاً

1 (الكبيسي ، حمد ، أصول الأحكام ، ج 1 ص 221 . و انظر أصول البزدوي ، ج 1 ص 324 . و السرخسي ج 2 ص 332 .

2 (صدر الشريعة ، التوضيح على التنقيح ج 3 ص 152 .

3 (أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 33 .

4 (المصدر السابق نفسه . و انظر - السرخسي ، أصول الأحكام ، ج 2 ص 333 .

5 (انظر : عبد الكريم زيدان ، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية ، ص 263 .

، فلا يجب عليه القصاص لأنها لا تتحمل لانعدام ما تقوم به و هو التمييز و العقل ولا يطالب الصغير بالأداء ، و لا ينشأ عن عباراته و أقواله عقد أو التزام لأنّ عبارته لغو لا قيمة لها .⁽¹⁾ فتصرفات الصبي غير المميز تنزل منزلة المعدومة شرعا مع وجودها حسّا (فالمعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) .

المطلب الثاني : أهلية الأداء .

أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات الشرعيّة منه على وجه يعتد به شرعا .⁽²⁾

وتنقسم أهلية الأداء إلى أهلية أداء كاملة و أهلية أداء ناقصة ، فأهلية الأداء الناقصة هي التي تكون بالنسبة للصبي المميّز و ما شابهه ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير سن السابعة من عمره و ينتهي بالبلوغ ، و هي لا تكون إلا في المعاملات الماليّة و سائر العقود و التصرفات ، أما التكاليفات الشرعيّة فالصبي المميّز فيها كغير المميّز .⁽³⁾ و تنقسم تصرفات الصبي المميّز إلى ثلاثة أقسام⁽⁴⁾ :

1) ما فيه ضرر محض ، نحو إبطال الملك في الطلاق و العتاق و نقل الملكية بالهبّة و الصدقة ، فإنّه محض ضرر في العاجل و ليس فيها منفعة فهذه التصرفات لا تثبت بالأهلية القاصرة ، فهي معدومة شرعا لا تترتب عليها الآثار الشرعيّة و لا يمكن أن يباشرها الصبي نفسه و لا بواسطة الولي ، فإذا صدرت عن الصبي أو الولي فهي معدومة شرعا لا تترتب عليها الآثار الشرعية ، فلا تصح الهبة و لا نقل الملكية بالصدقة ولا أن يبطل ملكيته بأي شكل دون مقابل .

2) أما ما يتردد بين المنفعة و الضرر نحو المعاوضات كالبيع و الشراء فهو موقوف على إجازة الولي فتصرف الصبي لا تترتب عليه آثار شرعيّة لأنّ أهلية الأداء قاصرة فتتوقف صدّة التصرف على إجازة الولي ، فإذا أجاز الولي بيع الصبي و شرائه فيعتبر هذا البيع نافذا .
3) ما فيه منفعة محضة كقبول الهبات و الوصايا فيعتبر المميز و إن كانت له أهلية ناقصة يحق له بها قبول ذلك لأنها منفعة محضة له ، و يعتبر قبوله شرعا .

1) أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 333 . دار الفكر العربي . - و عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلاميّة ، ص 263 ، ط 11 ، 1410 هـ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

2) حمد عبد الكبيسي ، و صبحي محمد جميل ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، جامعة بغداد ، كليّة الشريعة .

3) السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 2 ص 333 . و انظر عبد الكريم زيدان ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلاميّة ، 264 .

4) السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 2 ص 348 .

المطلب الثالث : عوارض الأهلية .

الأصل أن الإنسان البالغ له أهلية أداء كاملة و له حق التصرفات بإنشاء العقود و فسخها و تترتب الآثار الشرعية على أقواله و تصرفاته و لكن قد تعرض للإنسان عوارض تفقده أهليته و تمنع من ترتب الآثار على تصرفاته ، فتصبح أقواله و أفعاله في حكم المعدومة شرعا ، و يكون عدم ترتب الآثار على تصرفاته حفظ لحقه أو حق غيره و تنقسم العوارض التي قد يتعرض لها الإنسان ، إلى عوارض سماوية ، و هي التي ليست بعمل من أعمال الإنسان و هي : الجنون و العته و النسيان و الإغماء (1) .

و القسم الثاني : العوارض المكتسبة ، و هي : السفه و الجهل و السكر و الإكراه .

و من تطبيقات القاعدة على العوارض السماوية (المجنون و المعتوه) .

الجنون آفة تصيب القوة المميزة بين الحسن و القبيح ، المدركة للعواقب (2) .
فالمجنون تسقط عنه التكاليف الشرعية لقول النبي صلى الله عليه و سلم : " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل " (3)
يقول الأمدى اتفق العقلاء أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما للتكليف لأن التكليف خطاب و خطاب من لا عقل له و لا فهم محال . (4)
فالمجنون في حكم المعدوم من حيث المطالبة بالعبادات ، أو العقوبات ، قال ابن عبد البر : و أجمع العلماء أن ما جناه المجنون هدر و أنه لا قود عليه فيما يجني ، فإن كان يفيق أحيانا فما جناه في حال إفاقته ، فعليه ما على غير المجانين من البالغين . (5)
كما أن المجنون لا ولاية له على نفسه و لا على غيره . (6)

1 (البزدوي ، أصول البزدوي ، ج1 ص 329 . و انظر : أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 339 .

2 (الكبسي ، أصول الأحكام ، 227 .

3 (أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ، ج2 ص 546 ، حديث 4403 . و صححه الألباني في كتابه إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ج2 ص 4 .

4 (الأمدى ، الأحكام ، ج1 ص 150 .

5 (ابن عبد البر يوسف بن عبد الله (463هـ) ، الاستنكار ، ج 8 ص 50 ، ط1 ، 1421 ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

6 (بن نجيم ، البحر الرائق ، ج3 ص 217 .

و يقول الإمام الشوكاني⁽¹⁾ في بيان قوله صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل " : الحديث يدل على عدم تكليف الصبي و المجنون و النائم ما داموا متصرفين بتلك الأوصاف ... و أما في المجنون فلا تنصف أفعاله بخير و لا شر إذ لا قصد له و الموجود من صور الأفعال لا حكم له شرعا .⁽²⁾

فتصرفات المجنون و أقواله في حكم المعدومة شرعا و لا يترتب عليها أثر شرعي ، قال ابن تيمية : فأما المجنون و الطفل الذي لا يميز فأقواله كلها لغو في الشرع لا يصح منه إيمان و لا كفر و لا عقد من العقود ، و لا شيء من الأقوال باتفاق المسلمين .⁽³⁾

و الفرق بين المجنون و المعتوه⁽⁴⁾ :

- 1) أن المعتوه يعد ناقص الأهلية ، أما المجنون فمعدوم الأهلية ، فالمعتوه تصح منه التصرفات النافعة نفعا محضا و المترددة بين الأمرين الموقوفة على إجازة الولي .
- 2) أن المعتوه فاقد التمييز و المجنون لا يخاطبان بالعبادات البدنية ، أما المعتوه المميز ، قال بعض العلماء : أنه مخاطب بالعبادات البدنية . و لكن الأكثرين قالوا : تسقط عنه كما تسقط عن الصبي .

1 (محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت 1250هـ) . فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن وصاحب كتاب نيل الأوطار ، ولد ببلدة شوكان باليمن ونشأ في صنعاء ، وتلقى العلم على شيوخها، وجد في طلبه فأكثر من المطالعة والحفظ والسماع حتى صار عالماً كبيراً يشار إليه بالبنان، توافد عليه الطلاب من كل مكان. اشتغل بالقضاء والإفتاء وكان داعية إلى الإصلاح والتجديد، ترك التقليد وسلك طريق الاجتهاد بعد أن اجتمعت فيه شرائطه كاملة. ترك مؤلفات كثيرة تدل على سعة علمه وسلامة منهجه . [الموسوعة العربية العالمية]

2 (الشوكاني ، محد بن علي ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، ج1 ص 414 ، تحقيق : كمال الجمل و آخرون ، ط1 ، 1419هـ دار صلاح الدين لإحياء التراث ، مصر

3 (ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج14 ص 15 . و انظر : - زكريا بن غلام الباكستاني ، أصول الفقه على منهج أهل الحديث ، ط1 ، 1423 ، دار الخراز ج1 ص 57 .

4 (أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 340 .

تطبيقات القاعدة على العوارض غير السماوية

المطلب الأول : السكر .

السكر حالة تعرض للإنسان تذهب عقله فترة ما من الزمن قد تطول و قد تقصر فلا يعي ما يقول ، و لا يقصد ما يصدر عنه من قول أو فعل . (1)

فهل تصرفات السكران معتبرة شرعا ؟ أم معدومة شرعا ؟ بوصف السكر عارضا للأهلية

ذهب فريق من العلماء كشيخ الإسلام ابن تيمية (2) و الإمام ابن القيم (3) إلى أن تصرفات السكران غير معتبرة شرعا سواء كان مكرها أم مختارا .

يقول ابن القيم : و أما السكر فقد قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى

حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ (4)

فلم يرتب على كلام السكران حكما حتى يكون عالما بما يقول .. (5).

وقال: ومن تدبر مصادر الشرع و موارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد

المتكلم بها معانيها بل جرت من غير قصد منه كالنائم و الناسي و السكران و الجاهل . (6)

1 (الكبيسي ، أصول الأحكام ، ص 227 .

2 (ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 33 ص 102 .

3 (ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 106 .

4 (سورة النساء : آية 43 .

5 (ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج 3 ص 106 .

6 (المصدر نفسه .

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الإمام أحمد في رواية (1) و الشافعية (2) في قول و ابن القيم و الإمامية (3)، إلى أن طلاق السكران لا يقع ، جاء في المغني : لا يقع طلاق السكران و هو قول عثمان رضي الله عنه و عمر بن عبد العزيز و الليث و أبو ثور . (4) و احتجوا بعدم وقوعه بأن السكران لا قصد له و لا إيثار و الطلاق يفتقد إلى الإيثار و الاختيار .

القول الثاني : و هو قول الحنفية (5) و جمهور الشافعية (6) و المالكية (7) و أحمد (8) في إحدى الروايتين عنه : بوقوع طلاق السكران من سكر محرّم ، و هو مذهب سعيد بن المسيّب و عطاء و مجاهد و الحسن و ابن سيرين و النخعي و ميمون . و احتجوا بقوله صلى الله : " كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه " (9).

فمن قال بعدم وقوع طلاق السكران اعتبر أقوال السكران في حكم المعدومة شرعا لأن السكران ليس له قصد و لا إرادة ، فمع وجود هذه الألفاظ من السكران ، اعتبرت معدومة شرعا ، و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسداً) .

المطلب الثاني : الإكراه .

إنّ الإكراه من عوارض الأهلية المكتسبة و لكنّه ليس من فعل الإنسان نفسه بل من فعل الغير به لذا عرّف الإكراه بأنّه : حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل . (10)

و ينقسم الإكراه إلى إكراه ملجئ و إكراه غير ملجئ و الإكراه الملجئ هو الذي لا يبقى للإنسان معه قدرة و لا اختيار كالقاء الإنسان من شاهق فإنه لا يصح معه التكليف لأنّ شرط

1 (ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ص 256 .

2 (المزني ، مختصر المزني ، ص 194 .

3 (الشريف المرتضى ، الانتصار ، ص 304 . و الطوسي ، الخلاف ، ج 4 ص 48 .

4 (ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ص 255 .

5 (السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج 2 ص 195 .

6 (المزني ، مختصر المزني ، ص 194 .

7 (الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج 3 ص 24 .

8 (ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ص 255 .

9 (الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الطلاق باب طلاق المعتوه ، ج 3 ص 496 ، حديث 1191 ، ضعفه

الألباني وقال عنه : ضعيف جدا و الصحيح أنّه موقوف . حققه أحمد محمد شاكر و آخرون ، دار إحياء

التراث العربي ، بيروت . (طبعة الكتاب مطبوعة مع تعليقات الألباني على الأحاديث)

10 (محمد أمين ، المعروف بأمير باد شاة ، تيسير التحرير ج 2 ص 445 ، دار الفكر العربي ، للنشر و التوزيع .

التكليف : القدرة . (1) و الملجئ هو ما يكون التهديد فيه بإتلاف النفس أو قطع العضو أو إتلاف إتلاف جميع المال . (2)

و الإكراه كما تبين في تعريفه قد يكون إكراها على أقوال أو إكراها على ارتكاب أفعال ، والتصرفات تنقسم إلى قسمين :

1) تصرفات قولية تقبل الفسخ ، و هذا النوع من التصرفات التي تجري تحت تأثير الإكراه لا تصح سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ ، فالحنفية يعتبرون هذه التصرفات فاسدة لا باطلة لما تقدم من تفريقهم بين الفاسد و الباطل و يجعلوها من العقود الموقوفة على الإجازة (3) ، و الجمهور يعتبرونها باطلة لفقدانها شرط الرضا . (4)

كما إذا أكره على بيع ماله أو شراء ما لا يريد شراءه فالشراء أو البيع صدر من أهله و وقع في محط مؤلكن يبطل لعدم الرضا لأنّ الإكراه معدم للرضا فيصير هذا البيع في حكم المعدوم شرعاً مع وجوده حساً ، و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) .

2) التصرفات القولية التي لا تقبل الفسخ ، كالزواج و الطلاق و الرجعة وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية (5) إلى وقوع الطلاق و العتاق و ما شابه ذلك و احتجوا لما ذهبوا إليه بأدلة أهمها : 1) عموم و إطلاق آيات أحكام الطلاق ، حيث لم تفرق بين طلاق المكره و طلاق الطائع . 2) أنّ المكره قصد إيقاع طلاق زوجته حال الأهلية لأدّته عرف الشرّين و اختار أهونهما و اختيار أهون الشرّين علامة القصد و الاختيار .

و يجاب على الدليل الأول : بأنّ آيات أحكام الطلاق و إن وردت مطلقة إلا أنها مقيدة بسنة الرسول صلى الله عليه و سلم كما في طلاق الصبي و المجنون ، و الحنفية لا ينكرون هذا التقيد بالنسبة إليهما فلماذا أهملوه بالنسبة للمكره .

و الإجابة على القول الثاني بأنّ المكره مختار لأنه اختار أهون الشرّين قول غير دقيق ؛ لأنه لا وجود لخيار صحيح مع الإكراه (6)

القول الثاني : ذهب الجمهور (7) إلى القول بعدم وقوع طلاق المكره .

1 (الأسنوي ، التمهيد ، ج 1 ص 120 .
2 (السرخسي ، المبسوط ، ج 7 ص 271 . ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج 5 ص 110 .
3 (السرخسي ، المبسوط ج 7 ص 271 .
4 (انظر : الزنجاني ، تخرّيج الفروع على الأصول ، ج 1 ص 171 .
5 (السرخسي ، المبسوط ، ج 6 ص 176 .
6 (انظر : الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء و قانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة ، ج 2 ص 9 فما بعدها ، ط 1404 هـ ، اللجنة الوطنية ، الجمهورية العراقية .
7 (الإمام مالك بن أنس ، المدونة ، ج 8 ص 78 . و أبو إسحق الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 150 . ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ص 260 ، ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ص 203 .

و احتجّ الجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق " (1) وقوله صلى الله عليه وسلم : "إنّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه " (2) إذا كان الإكراه على تصرف حسي كالإكراه على نطق بكلام يوجب الكفر فإنّ الإكراه عليه إكراه على حرام لا تسقط حرمة ، إلا أنّ الشارع رخصه بشرط اطمئنان القلب بالإيمان لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ (3) و إن امتنع حتى لحقه الأذى كان مأجورا (4) وقد جعل الشارع التلفظ بالكفر لغوا و لم يترتب عليه آثارا شرعية فيما لو كان هذا التلفظ بدون إكراه ، فمع وجود الإكراه أصبح الموجود حسا معدوما شرعا ، وكذلك طلاق المكره جعل كالمعدوم شرعا عند من يقول بعدم وقوعه ، فالإكراه يمنع ترتب الآثار الشرعية في هذه الحالات على التصرفات و الأقوال .

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور بعدم وقوع طلاق المكره ، و أنّ طلاق المكره لغو لا تترتب عليه الآثار الشرعية لقوة أدلة الجمهور ، فالمعدوم شرعا كالمعدوم .

1 (ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق باب طلاق المكره و الناسي ، ج 6 ص 304 ، حديث 2124 . قال عنه الألباني : حسن (في نفس الموضوع من سنن ابن ماجه ، لأنه مطبوع مع تعليقات الألباني)

2 (ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره و الناسي ، ج 1 ص 659 حديث رقم 245 ، و صححه الألباني .

3 (سورة النحل ، آية 106 .

4 (حمد الكبيسي ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط ص 255 .

الفصل الثالث

التطبيقات الفقهية لقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسداً)

المبحث الأول

تطبيقات القاعدة في العبادات

المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في الطهارة .

الطهارة لغة : النقاء من النجاسة و الدنس (1) ،
و الطهارة اصطلاحاً : ارتفاع المنع المترتب على الحدث و النجس فيدخل فيه غسل الذميمة
و المجنونة لتحل لحليلها المسلم . (2)
و الطهارة الشرعية لها أركان و شروط متى فقدت تصبح في حكم المعدومة شرعا
فالطهارة تنقسم إلى طهارة حكمية و طهارة عينية ، فالطهارة العينية ما لا تجاوز محل حلول
موجبها كغسل الخبث ، و الحكمية ما تجاوز ذلك كالوضوء ، ثم إنها تكون بالماء و التراب (3)
فالنية شرط لصحة الوضوء ، و الوضوء لا بدّ له من عدم مانع شرعي ، كالحيض و النفاس
فلو توضأت الحائض و النفساء فإنّ هذا الوضوء لا يترتب له أثر شرعي و يكون في حكم
المعدوم بوجود المانع الشرعي (4) .
و من تطبيقاتها في الطهارة :

1 (مجموعة مؤلفين ، المعجم الوسيط ج2 ص 38 .
2 (الشربيني ، محمد بن أحمد (ت960هـ) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج1 ص 15 ، دارالمعرفة بيروت .
3 (الرملي ، نهاية المحتاج ، ج1 ص 60 .
4 (الحصني ، كفاية الأخيار ، ج1 ص 35 . - المرداوي ، علي بن سليمان (ت885هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج1 ص126 ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على النية في الوضوء :

ذكرنا أنّ من أسباب الانعدام هو فقدان ركن من الأركان و سنقوم بتطبيق قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا على فقدان ركن من أركان الوضوء وهو النية في الوضوء ، وقد اختلف العلماء في حكم النية في الوضوء على قولين :

القول الأول : النية ركن من أركان الوضوء لا يصح الوضوء إلا بها فالوضوء بغير نية غير معتد به شرعا و لا تستباح به الصلاة فوجوده كعدمه و هو قول الجمهور ⁽¹⁾ و استدلوا لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية : 1. قوله تعالى : ﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾ ⁽²⁾

فالوضوء عبادة محضة طريقها الأفعال ، لا تصح بغير نية كالصلاة .
2. و بقوله صلى الله عليه و سلم : " إنما الأعمال بالنيات " ⁽³⁾ و الحديث ينفي أن يكون العمل شرعا بغير نية .

القول الثاني : أنّ النية مستحبة في الوضوء و هو مذهب الحنفية ⁽⁴⁾ و استدلوا بأن الوضوء لا يقع قربة إلا بنية ، و لكنه يقع مفتاحا للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر .

فإذا فقدت النية في الوضوء مع وجود الغسل الحسي فالجمهور يعتبرون هذا الوضوء معدوما شرعا ؛ لأنه يعتبرون النية ركن أو شرط خلافا للحنفية الذين يعتبرون الوضوء صحيحا ؛ لأن النية ليست من شروط الوضوء عندهم ⁽⁵⁾ .

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على التسمية في الوضوء :

اختلف العلماء في حكم التسمية في الوضوء على قولين :
القول الأول : التسمية في الوضوء سنّة ، وهو قول الحنفية ⁽⁶⁾ ، و المالكية ⁽⁷⁾ ، والشافعية والشافعية ⁽¹⁾

1 () الأبي الأزهرى ، الثمر الدانى ، ج1 ص 59 . - الخطيب الشربيني ، مغنى المحتاج ج1 ص 113 .

2 () سورة البينة آية 5 .

3 () البخاري ، الجامع الصحيح ، باب بدء الوحي ، ج1 ص 3 حديث رقم 1 .

4 () الميرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج1 ص 15 .

5 () انظر الأبي الأزهرى ، الثمر الدانى ، ج1 ص 59 و ابن عابدين ، حاشية رد المحتار . ج1 ص 114 .

6 () ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج1 ص 137 .

7 () ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج1 ص 23 .

والراجح في مذهب أحمد⁽²⁾ في أصح الروايتين عنه ، و استدلووا بالأدلة الآتية : أن الآية التي ذكرت أركان الوضوء لم تذكر التسمية . فهذه القرينة تصرف النفي من نفي الجواز إلى نفي الكمال .

و أجابوا على دليل من قال بفرضية التسمية بأن الخبر فيها ضعيف . قال ابن رشد : هذا الحديث لا يصح عند أهل النقل .⁽³⁾ وقالوا : إنَّ الوضوء طهارة فلا يفتقر للتسمية كالطهارة من النجاسة ، و لو كانت عبادة فلا يجب فيها التسمية كسائر العبادات و إن صحَّ فيحمل على تأكيد الاستحباب .⁽⁴⁾

القول الثاني : وهو رواية عن أحمد و اختيار أبي بكر و مذهب الحسن و إسحق بن راهويه⁽⁵⁾ و استدلووا بقوله صلى الله عليه و سلم : " لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه " ⁽⁷⁾ وهذا نفي في نكرة يقتضي أن لا يصح الوضوء بدونه ، قال أحمد في رواية : حديث أبي سعيد أحسن شيء في الباب .

فمن جعل التسمية ركنا جعل الوضوء المفتقر للتسمية باطلا لافتقاره لركن من أركانه و هو التسمية ، أمّا الجمهور فقد جعلوا التسمية سنة والوضوء الفاقدة للتسمية صحيحا .

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من صحة الوضوء بدون تسمية لظاهر الآية الكريمة حيث أنها لم تذكر التسمية ، و يحمل الحديث الذي استدلل به أصحاب القول الثاني على نفي الكمال لا على نفي الصحة . فلو حملنا الحديث على نفي الصحة للزم أن نقول : أنه لا وجود شرعي للوضوء المفتقر للتسمية ، بناء على أنَّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

1 (الغمراوي ، السراج الوهاج على متن المنهاج ، ج 1 ص 22 .

2 (ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ص 114 .

3 (ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 23 .

4 (ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ص 114 .

5 (ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ص 114 .

6 (هو ابن راهويه إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم بن مطر الحنظلي أبو يعقوب المروزي .

نزى نيسابور أحد أئمة المسلمين وعلماء الدين اجتمع له الحديث والفقه والحفظ والصدق والورع والزهد ورحل إلى العراق والحجاز واليمن والشام وعاد إلى خراسان . ولد سنة ستين ومائة ومات ليلة الخميس لسبع خلون من شعبان سنة أربع وثلاثين ومائتين . [السيوطي ، طبقات الحفاظ ج 1 ص 35]

7 (أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الطهارة ، باب التسمية على الوضوء ، ج 1 ص 73 ، حديث 275 . قال أبو إسحق الحويني : حديث صحيح ، وقد صححه جماعة من الحفاظ ، وحسنه آخرون . [النافلة في الأحاديث الضعيفة والباطلة ج 1 ص 53]

المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على العفو عن النجاسة القليلة :

تباينت آراء الفقهاء حول النجاسة المعفي عنها فالحنفية قسموا النجاسة إلى قسمين : نجاسة مخففة و نجاسة مغلظة ، فالنجاسة المخففة يصل العفو فيها إلى ربع الثوب ، أما المغلظة فإنّ العفو فيها بقدر الدرهم (1) .

أما المالكية فقد اعتبروا النجاسة القليلة المعفو عنها : التي لا تزيد عن الدرهم (2) . أمّا الشافعية فقالوا : أنّ النجاسة على الخفين إذا زادت عن الربع عند جمع الخفين تبطل الصلاة .

أمّا الحنابلة فقالوا : إنّ النجاسة القليلة معفو عنها كيسير الدم و جعلوا حد اليسير ما لا يراه الإنسان فاحشا في نفسه بناءً على ما تقدم فإنّ الفقهاء مجمعون على أن وجود نجاسة معفو عنها و إن اختلفوا في حدها ، و هذا العفو يجعل هذه النجاسة معدومة شرعا و إن وجدت حسا . و ضرب المالكية مثلا لذلك بقولهم : إنّ الراعف في صلاته مأذون له في قتل الدم بأنامل يسراه العليا و ذلك معفو عنه فإن زاد رشح الدم و قتلته المصلي بالأنامل الوسطى فالزائد يقدر بنفسه مستقلا إن بلغ قدر الدرهم على رأي ابن حبيب أو زاد عنه على رواية ابن زياد قطع المصلي لأنه صار حاملا لنجاسة غير معفو عنها ولا ينظر في تقدير الدرهم بما أصاب الأنامل العليا لعفو الشارع عنها و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا (3) .

المطلب الثاني

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج 1 ص 102 .

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ج 1 ص 27 .

(3) أبو العباس أحمد الوشرسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص 138 . - و صادق الغرباني تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص 18 .

تطبيقات القاعدة في الصلاة .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على من ترك ركنا من أركان الصلاة :

اختلف العلماء في حكم صلاة من صلى بغير الفاتحة على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور من المالكية (1) و الشافعية (2) و الحنابلة حيث أنهم اعتبروا صلاة من صلى بغير قراءة الفاتحة باطلة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " (3) وهذا دليل على أن الفاتحة ركن من أركان الصلاة والإخلال بركن ناقض للصلاة ، فالنفي في الحديث يحمل على نفي الصحة لأنه أقرب إلى نفي الذات من نفي الكمال .

و القول الثاني ذهب الحنفية إلى أن الصلاة بغير قراءة الفاتحة لا تبطل ، و أن الفاتحة ليست ركنا من أركان الصلاة فمن صلى بغير قراءة الفاتحة فصلاته صحيحة و أجابوا على استدلال الجمهور بالحديث بأن النفي ليس لنفي الحقيقة و لا لنفي الصحة بل هو لنفي الكمال ، و قالوا : إن الحديث من أخبار الآحاد ، و لا يصح نفي القرآن بخبر الواحد لقوله تعالى : ﴿

فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ ﴾ (4) لأن الزيادة على النص نسخ عند الحنفية (5) .

إن الخلاف بين الحنفية و الجمهور في كون الفاتحة ركنا من أركان الصلاة أم لا راجع إلى تفريق الحنفية بين الفرض و الواجب ، أمّا الجمهور فإنهم يجعلون الفرض و الواجب مترادفين ، فالحنفية و إن كانوا لا يرون الفاتحة ركنا من أركان الصلاة ، و يرون أن المصلي دون قراءة الفاتحة فصلاته صحيحة ، إلا أنهم يقولون أنها واجبة و أن المصلي الذي يتركها مسيء . (6)

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على الصلاة في الأوقات المنهي عنها :

-
- 1 (الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ج 1 ص 67 . ابن قدامة المقدسي ج 1 ص 52 .
 - 2 (محمد بن إدريس الشافعي (ت 203هـ) الأم ، ج 1 ص 29 ، ط 2 1403هـ دار الفكر ، بيروت .
 - 3 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب صفة الصلاة ، باب وجوب القراءة للإمام و المأموم ، ج 1 ص 263 حديث 723 .
 - 4 (سورة المزمل : آية 20 .
 - 5 (السرخسي ، المبسوط ، ج 1 ص 112 .
 - 6 (الكاساني ، بدائع الصنائع ج 1 ص 16 .

إنّ الصلاة لها أوقات معلومة و النبي صلى الله عليه و سلم قد نهى عن الصلاة في بعض الأوقات كما روى مسلم عن عقبة بن عامر قال : " ثلاث ساعات كان ينهاها رسول الله صلى الله عليه و سلم أن نصلى فيهن أو أن نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس ، وحين تضيف الشمس للغروب حتى تغرب " (1) .

اختلف العلماء في حكم الصلاة في هذه الأوقات وهل أنّ النهي للتحريم أم للتنزيه ، و هل يقتضي الفساد أم لا ، فإذا اقتضى الفساد كانت الصلاة باطلة ولا يعتدّ بها شرعا ، (فالمعذور شرعا كالمعذور حسّا) .

القول الأول : ذهب الحنفية (2) أنّ الصلاة في هذه الأوقات باطلة ، سواء كانت فرضا أو واجبة وقالوا بكراهة النفل و الأولى قطعه ، ولا يصح في هذه الأوقات شيء من الصلاة و لو قضاء الواجبات التي لزمّت في الذمة قبل دخولها لأنها وجبت كاملة فلا تؤدي ناقصة و تصح مع الكراهة التحريمية صلاة النفل .

و استدلوا على بطلان الصلاة في هذه الأوقات بالأدلة الآتية التي ساقها صاحب البحر الرائق قال :

الدليل الأول : أنّ النهي عام يشمل فرض الصلاة و نفلها ، أطلق الصلاة فشمل فرضها و نفلها لأن الكل ممنوع فإن المكروه من قبيل الممنوع لأنها تحريمية لما عرف من أن النهي الظني الثبوت غير المصرّوف عن مقتضاه يفيد كراهة التحريم ، وإن كان قطعي أفاد التحريم ، فالتحريم في مقابلة الفرض في الرتبة ، وكراهة التحريم في رتبة الواجب ، والتنزيه في رتبة المندوب ، والنهي في حديث عقبة من الأول فكان الثابت به كراهة التحريم . فإن كانت الصلاة فرضا أو واجبة فهي غير صحيحة لأنها لنقصان في الوقت بسبب الأداء فيه تشبيها بعبادة الكفار المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : " إن الشمس تطلع بين قرني شيطان إذا ارتفعت فارقها ، ثم إذا استوت قارنها ، فإذا زالت فارقها ، فإذا دنت للغروب قارنها ، وإذا غربت فارقها ونهى عن الصلاة في تلك الساعات " (3) .

وهذا هو المراد بنقصان الوقت وإلا فالوقت لا نقص فيه نفسه بل هو وقت كسائر الأوقات.

1 (مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها ، ج 2 ص 208 . الحديث رقم 1966 .

2 (ابن نجيم المصري ، البحر الرائق ، ج 1 ص 433 .

3 (مالك بن أنس (ت 179هـ) ، الموطأ ، كتاب الحج ، باب الطواف بعد العصر ، ج 2 ص 292 حديث 438 . تحقيق : د. تقي الدين الندوي ط 1 ، 1413 هـ ، دار القلم - دمشق . و رواه الترمذي ، في سننه ، كتاب إقامة الصلاة ، باب ما جاء في الساعات التي تكره فيها الصلاة ج 1 ص 397 حديث 1235 ، و قال عنه الألباني : ضعيف .

الدليل الثاني : النقص في الأركان لا يتأدى بها ما وجب كاملا ، فخرج الجواب عما قيل لو ترك بعض الواجبات صحت الصلاة مع أنها ناقصة يتأدى بها الكامل لأن ترك الواجب لا يدخل النقص في الأركان التي هي المقومة للحقيقة بخلاف فعل الأركان في هذه الأوقات .

وفرّق ابن نجيم بين القضاء في أرض الغير و الصلاة في الوقت المنهي عنه ، فقال : إنما جاز القضاء في أرض الغير وإن كان النهي ثم لمعنى في غيره أيضا لأن النهي ثم ورد للمكان ، وهنا للزمان ، واتصال الفعل بالزمان أكثر لأنه داخل في ماهيته ولهذا فسد صوم يوم النحر وإن ورد النهي فيه لمعنى في غيره لأن النهي فيه باعتبار الوقت ، والصوم يقوم به ويطول بطوله ويقصر بقصره لأنه معياره فازداد الأثر فصار فاسدا . وإن كانت الصلاة نفلا فهي صحيحة مكروهة حتى وجب قضاؤه إذا قطعه ويجب قطعه وقضاؤه في غير مكروه في ظاهر الرواية ، ولو أتمه خرج عن عهدة ما لزمه بذلك الشروع . (1)

القول الثاني : ذهب المالكية (2) والأوزاعي إلى أن الأوقات المنهي عنها تحرم فيها النوافل دون الفرائض ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم " من نام عن صلاته أو نسيها فليصلها إذا ذكرها " (3) وحديث أبي هريرة : " من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر " (4)

وأجابوا على من قال بأن أحاديث النهي منسوخة بآئنه لا نسخ إلا عند التعارض و لا تعارض هنا ، فلا صلاة إلا من نام أو نسي فيصلي في أي وقت . ولا وجه لادّعاء الكوفيين أن النبي صلى الله عليه وسلم أخّر الصلاة يوم نومه عن الصبح من أجل انتباهه عند طلوع الشمس لآئنه ثبت أنهم لم يستيقظوا يوم إذن حتى أيقظهم حرّ الشمس ، و لا تكون لها حرارة إلا و الصلاة تجوز في ذلك الوقت . (5) أي أنهم استيقظوا بعد وقت الكراهة .

1 (ابن نجيم المصري ، البحر الرائق ج 1 ص 433 - 434 .

2 (ابن عبد البر ، التمهيد ، ج 4 ص 17 .

3 (وهذا الحديث أخرجه الدارقطني والبيهقي في الخلافيات من حديث أبي هريرة بسند ضعيف ، أمّا أصله فموجود في الصحيحين ونصه : " من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك " أخرجه البخاري ، في الجامع الصحيح ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من نسي صلاة .. ج 1 ص 215 حديث 723 .

4 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من أدرك من الفجر ركعة ، ج 1 ص 590 حديث رقم 579 . متفق عليه

5 (ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج 1 ص 46 . وانظر - المباركفوري ، تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى ، ج 1 ص 46 . وانظر - ابن عبد البر ، التمهيد ، ج 4 ص 17 .

القول الثالث : قول الشافعية⁽¹⁾ ، و ذهبوا إلى أنه : إذا صلى في الأوقات المنهي عنها عزر ، ولا تتعقد إذا قلنا أنها كراهة تحريم ، وكذا على كراهة التنزيه على الأصح .
فإن قيل : يلزم من عدم الانعقاد أن الكراهة للتحريم لا للتنزيه ، لأن الإقدام على العبادة التي لا تتعقد حرام اتفاقا لكونه تلاعبا .

أجيب بأنه لا يلزم من القول بعدم الانعقاد القول بأن الكراهة للتحريم ، لأن نهي التنزيه إذا رجع إلى نفس الصلاة يضاد الصحة كنهى التحريم كما هو مقرر في الأصول . إلا لسبب غير متأخر فإنها تصح ، كفاية لأن سببها متقدم سواء أكانت فرضا أم نفلا حتى النوافل التي اتخذها وردا ، ولخبر : فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها .

وخبر الصحيحين : أنه صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر ركعتين وقال : " هما اللتان بعد الظهر " (2) .

وفي مسلم : لم يزل يصليهما حتى فارق الدنيا (3) . وهذا من خصوصياته عليه الصلاة والسلام ، فليس لمن قضى في وقت الكراهة صلاة أن يداوم عليها ويجعلها وردا .
و قالوا : تجوز صلاة كسوف واستسقاء وطواف وتحية وسنة وضوء وسجدة شكر وتلاوة ، لأن بعضها له سبب متقدم كركعتي الوضوء وتحية المسجد ، وبعضها له سبب مقارن كركعتي الطواف وصلاة الجنازة وصلاة الاستسقاء والكسوف ، ولأن نحو الكسوف والتحية معرض للفوات .

وفي الصحيحين في توبة كعب بن مالك : أنه سجد سجدة للشكر بعد صلاة الصبح قبل طلوع الشمس ، وفيهما عن أبي هريرة : أنه صلى الله عليه وسلم قال لبلال : " حدثني بأرجى عمل عملته في الإسلام فإني سمعت دف نعليك بين يدي في الجنة " . قال : ما عملت عملا أرجى عندي من أني لم أظهر طهورا في ساعة من ليل أو نهار إلا صليت بذلك الطهور ما كتب الله لي أن أصلي . (4)

(1) محمد الشريبي ، مغنى المحتاج ج 1 ص 129 .
(2) لم أجد روايات للحديث بهذا النص و نص صحيح البخاري هو : " سألت عن الركعتين بعد العصر وإنه أتاني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر فهما هاتان " صحيح البخاري ، كتاب أبواب الصلاة ، ج 1 ص 414 ، حديث 1176 .
(3) هذه الرواية لم أجدها في مسلم ، و الرواية الموجودة هي إجابة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها لما سألت عن الركعتين اللتين كان الرسول صلى الله عليه وسلم يصليهما بعد العصر ، فقالت : " كان يصليهما قبل العصر ثم إنه شغل عنهما أو نسيهما فصلاهما بعد العصر ثم أثبتهما وكان إذا صلى صلاة أثبتتها " صحيح مسلم - (ج 2 / ص 211)
(4) البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب أبواب التهجد ، باب فضل الطهور في الليل ، ج 1 ص 386 ، حديث 1098 .

القول الرابع : قال الحنابلة ⁽¹⁾ : وهو أنه يجوز قضاء الفوات من الفرائض في أوقات النهي ولا يجوز أداء النوافل ولا الجنائز ، وجوز الحنابلة قضاء السنن الرواتب واحتجوا لذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى الركعتين اللتين بعد الظهر بعد العصر .

وجريا على قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا أو أن النهي يقتضي الفساد حمل الحنابلة من العلماء النهي على الفساد والانعدام في هذا الحديث فلو صلى نفلا في هذه الأوقات بطلت صلاته ولم تتعقد ، قال صاحب كشف القناع : ولو ابتدأه - أي النفل - فيها لم تتعقد ولو كان جاهلا لأن النهي يقتضي الفساد . ⁽²⁾

وقال صاحب سبل السلام ⁽³⁾ : والنهي عن هذه الأوقات الثلاثة : عام بلفظه لفرض الصلاة ونفلها . والنهي للتحريم ، كما عرفت من أنه أصله . وكذا يحرم قبر الموتى فيها . ولكن فرض الصلاة أخرجه حديث : " من نام عن صلاته " الحديث ⁽⁴⁾ ، وفيه : فوقتها حين يذكرها ، ففي أي وقت ذكرها ، أو استيقظ من نومه أتى بها . وكذا من أدرك ركعة قبل غروب الشمس ، وقبل طلوعها لا يحرم عليه ، بل يجب عليه أدائها في ذلك الوقت ، فيخص النهي بالنوافل دون الفرائض . وقيل : بل يعمها بدليل : أنه صلى الله عليه وسلم لما نام في الوادي عن صلاة الفجر ، ثم استيقظ لم يأت بالصلاة في ذلك الوقت ، بل أخرها إلى أن خرج الوقت المكروه .

وأجيب عنه ، أولا : بأنه صلى الله عليه وسلم ، لم يستيقظ هو وأصحابه إلا حين أصابهم حر الشمس ، كما ثبت في الحديث ⁽⁵⁾ ، ولم يوقظهم حرها ، إلا وقد ارتفعت وزال وقت الكراهة .

وثانيا : بأنه قد بين صلى الله عليه وسلم ، تأخير أدائها عند الاستيقاظ : بأنهم في واد حضر فيه الشيطان ⁽⁶⁾ ، فخرج صلى الله عليه وسلم ، عنه وصلى في غيره ، وهذا التعليل

1 (ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ص 789 .
2 (البهوتي ، منصور بن يونس (ت1051هـ) كشف القناع ، ج 1 ص 547 ، ط 1418هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

3 (الأمير الصنعاني ، سبل السلام ج 1 ص 113 .
4 (لا توجد روايات للحديث بهذا النص ، أمّا نصّه فهو : " من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها لا وقت لها غيره " وهذا الحديث أخرجه الدارقطني والبيهقي في الخلافيات من حديث أبي هريرة بسند ضعيف ، أمّا أصله فموجود في الصحيحين ونصه : " من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك " أخرجه البخاري ، في الجامع الصحيح ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من نسي صلاة .. ج 1 ص 215 حديث 723.

5 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب التيمم ، باب الصعيد الطيب ، ج 1 ص 130 حديث 337 .
6 (مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب المساجد ، باب قضاء الصلاة الفائتة ، ج 2 ص 138 ، حديث 1593.

يشعر بأنه ليس التأخير لأجل وقت الكراهة : لو سلم أنهم استيقظوا ولم يكن قد خرج الوقت . فتحصل من الأحاديث : أنها تحرم النوافل في الأوقات الخمسة . (1)

إلا أن الشافعية استثنوا من النهي الصلاة التي لها سبب كتحية المسجد و السنن الراتبة و ركعتي الوضوء وما أشبه ذلك (2) .

وذهب أهل الرأي (3) إلى أن النهي يشمل النوافل و الفرائض ، فلا يجوز قضاء الفوائت في هذه الأوقات لعموم الحديث ، و قال الحنابلة يجوز قضاء الفوائت في جميع أوقات النهي لحديث : " من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها " . (4)

و بالتأمل في أقوال العلماء السابقة نرى أن الحنفية قالوا : ببطلان صلاة الفريضة في الأوقات المنهي عنها ، لأنّ الفاسد و الباطل في العبادات عندهم بمعنى واحد و عللوا قولهم ببطلان صلاة الفريضة في هذه الأوقات أنّ فعل الصلاة اتصل بالزمان و اتصال الفعل بالزمان أكثر قربا من الماهية لهذا فسد صوم يوم النحر و إن ورد النهي لمعنى في غيره لأنّ النهي باعتبار الوقت .

و بذلك يظهر الفرق بين الصلاة في الأرض المغصوبة لأنّ النهي فيها لمعنى مجاور لاتصالها بالمكان .

و المالكية (5) قالوا ببطلان صلاة النوافل و صحة قضاء الفوائت في هذه الأوقات وهم بذلك بذلك يتماشون مع أصلهم بأنّ النهي يقتضي الفساد و سبب عدم قولهم ببطلان الفريضة حديث : " من نام عن صلاة أو نسيها "

و أما الشافعية (6) تماشوا مع مذهبهم في أنّ النهي إذا كان للوصف اللازم فإنه يقتضي الفساد و تصبح الصلاة معدومة شرعا ، و لكنهم استثنوا الصلاة التي لها سبب بقوله صلى الله عليه و سلم : " فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها " هذا في قضاء الفائتة و أنّه صلى ركعتي سنة الظهر بعد العصر لانشغاله عنهما في وقتها .

أمّا الحنابلة (7) فإنهم تماشوا مع أصلهم في قولهم ببطلان صلاة النوافل و جوّزوا قضاء الفوائت عملا بالحديث السابق ذكره .

1 (الأمير الصنعاني ، محمد بن إسماعيل (ت1128هـ) ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ج1 ص 113 ، ط4 1379هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، مصر .

2 (الشربيني ، مغني المحتاج ج1 ص 129 . و انظر الشوكاني ، نيل الأوطار ج1 ص 111 .

3 (ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج1 ص 433 .

4 (ابن قدامة ، المغني ، ج1 ص 749 .

5 (ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج1 ص 46 .

6 (الشربيني ، مغني المحتاج ، ج1 ص 129 .

7 (ابن قدامة ، المغني ، ج1 ص 748 .

المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على الصلاة في ثوب مغصوب أو أرض مغصوبة :

أجمع المسلمون على حرمة الاعتداء على أموال الغير أو أخذها بغير حق ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ ⁽¹⁾ ولكن الفقهاء اختلفوا في مسألة الصلاة بالثوب المغصوب و الأرض المغصوبة و ما شابه ذلك ، هل أن هذه الصلاة باطلة و معدومة شرعا لنهي الشرع عن الغصب ، و الصلاة قربة و عبادة و الثوب شرط لصحة العبادة فيعتبر المصلي به كأنه صلى عريانا فهو كالمعدوم شرعا ، و كذا الماء المغصوب أم أن هذه الصلاة صحيحة لأن النهي لا لذات الصلاة و لا لوصف لازم لها بل لأمر مجاور غير لازم فالنهي هنا ينصب على الغصب و لا علاقة للصلاة به ، اختلفوا في ذلك على عدة أقوال :

القول الأول : ذهب الجمهور من الحنفية ⁽²⁾ و المالكية ⁽³⁾ و الشافعية ⁽⁴⁾ إلى جواز الصلاة الصلاة في الدار المغصوبة لأن النهي لا يرجع إلى ذات المنهي عنه و هو الصلاة و إنما يرجع إلى الغصب فلا أثر للغصب في صحة انعقاد الصلاة ، و ذهبوا إلى أنه يجوز التستر فيما حلّ أو حرم فلو ستر العورة بثوب حرير و صلى صحت صلاته و أثم كالصلاة في الأرض المغصوبة و لو لم يجد غيره يصلي فيه صلى فيه و لا يصلي عريانا ⁽⁵⁾ .

و نقل عن المالكية القول بجواز الصلاة بالدار المغصوبة لأن النهي عن الشيء الخارج عنه غير لازم له و لا يقتضي الفساد و نقل قول عن مالك بعدم الإجزاء في الدار المغصوبة و فرق ابن العربي بين الأرض و الدار فقال : تجزئ في الأرض المغصوبة و لا تجزئ في الدار المغصوبة ، وعلل ذلك بأن الدار لا تدخل إلا بإذن ⁽⁶⁾ .

القول الثاني : قول الحنابلة و الظاهرية ⁽⁷⁾ و الإمامية ⁽⁸⁾ :

فقد روي عن الإمام أحمد روايتين ⁽¹⁾ ، رواية بأنها تصح الصلاة في الثوب المغصوب و الرواية الثانية أنها لا تصح لأنه استعمل شرط العبادة فيما يحرم استعماله فلا تصح فهو كمن

1 (سورة البقرة آية 88 .

2 (الكمال ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 1 ص 269 .

3 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 3 ص 54 .

4 (عبد الحميد الشرواني ، و ابن قاسم العبادي (ت1118هـ) حواشي الشرواني ، ج 1 ص 379 ، دار إحياء التراث العربي بيروت . و انظر : شرح النووي على مسلم ج 2 ص 58 .

5 (ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 1 ص 467 . و انظر - الكمال ابن الهمام ، فتح القدير شرح بداية المبتدي ، ج 1 ص 269 .

6 (الدسوقي ، محمد عرفة (ت1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 ص 54 ، دار إحياء الكتاب الكتاب العربي .

و - القرطبي ، محمد بن أحمد (ت670هـ) تفسير القرطبي ج 1 ص 48 ، ط 1405هـ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

7 (ابن حزم ، المحلى ، ج 1 ص 216 .

8 (الحلي ، المعتمد في شرح المختصر ، ج 2 ص 377 .

صلى بثوب نجس، و لأنّ العبادة قريبة و طاعة و هو منهي عنه بهذا الوجه فكيف يتقرب بما هو عاص به ، أو يؤمر بما هو منهي عنه ؟ يصلي عريانا مع وجود ثوب مغصوب لأنه يحرم استعماله بكل حال لعدم إذن الشارع في التصرف فيه مطلقا ولأنّ تحريمه لحق آدمي أشبه من لم يجد إلا ماء مغصوبا .

فالصلاة في الأرض المغصوبة من قال أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقا كالظاهرية و الحنابلة قالوا بفسادها و وجوب إعادتها إذا أقامها في الدار المغصوبة أو أيّ مكان مغصوب و كذلك قالوا : لا تجوز الصلاة في الأرض المغصوبة ، و لا ممتلكة من غير حق أو بيع فاسد أو هبة فاسدة .

ومن قال أنّ النهي لا يقتضي فساد الشيء ما لم يرجع إلى عينه أو جزئه أو وصفه اللازم كالجمهور الذين قالوا : بصحة الصلاة لأنّ النهي لخارج غير لازم و هو التجاوز على حق الغير دون مبرر ولا صلة بين الصلاة ، و هذا التجاوز لأنّ الله سبحانه و تعالى أوجب الصلاة مطلقا و حرّم الغصب مطلقا .

قالت الإماميّة : و لا تصح الصلاة بالثوب المغصوب و المكان المغصوب و السجود على النجس لأنه منهي عنه و النهي يدلّ على الفساد . (2)

المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على الصلاة في المقبرة .

فقد صحّ عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ، أنه نهى عن الصلاة في المقبرة ، و ذلك بما روي عنه أنه قال : "الأرض كلّها مسجد إلا الحمّام و المقبرة " (3) فهل نهى صلى الله عليه و سلم عن الصلاة في المقبرة يفيد أنّ الصلاة لو أدّاها المسلم بأركانها و شروطها في المقبرة تقع باطلة ، و تكون في حكم المعدوم شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، لأنّ النهي يقتضي الفساد أم أنّ النهي هنا لا يقتضي الفساد لأنّ النهي لوصف مجاور غير لازم ، فيثبت له الكراهة فقط ، اختلفوا في ذلك على أقوال :

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ص 660 .
 (2) الحلي ، (ت676هـ)، المعتبر في شرح المختصر ، ج 2 ص 377 ، تحقيق لجنة التحقيق بإشراف ناصر مكارم ، مؤسسة سيد الشهداء ، مطبعة أمير المؤمنين 1364هـ .
 (3) أبو داود ، سليمان بن الأشعث (ت275هـ) سنن أبي داود ، كتاب الصلاة ، باب المواضع التي لا يجوز فيها الصلاة ، ج 1 ص 286 ، حديث 492 وصححه الألباني في نفس الموضع من السنن ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بيروت - لبنان . وعلق عليه ابن حجر ، قال :
 اختلف في وصله و إرساله و حكم مع ذلك بصحته الحاكم و ابن حبان . [روضة المحدثين ج 1 ص 177]

القول الأول : ذهب الحنفية (1) و الشافعية (2) و الإمامية (3) إلى القول بصحة الصلاة في القبرة مع الكراهة لأنّ النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً فالنهي لوصف مجاور و ليس لذات المنهي عنه ، و لا لوصفه اللازم و حملوا النهي على الكراهة . (4)

و فرّق الشافعية بين المقبرة المنبوشة و غير المنبوشة فإذا كانت مختلطة بلحم الموتى و صديدهم ما يخرج منهم لم يَجْزُ ، فإن صلى في مكان طاهر منها أجزأه . (5)

القول الثاني : قول المالكية (6) ، أجاز المالكية الصلاة في المقبرة بغير كراهة ، و قالوا :

أجمع العلماء أنّ التيمم من مقبرة المشركين جاز بلا كراهة إذا كان الموضع طاهراً ، و أجمعوا أنّ الصلاة بالكنيسة و البيعة جائزة ، و الكنيسة أقرب أن تكون بقعة سخط من المقبرة ، لأنها بقعة يصلى فيها و ليس كذلك المقبرة ، و مسجد النبي صلى الله عليه و سلم أسس على مقبرة و

قال الله فيه : ﴿ لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ ﴾ (7)

و احتجوا بأنّ النهي عن الصلاة في المقبرة معارض بقوله صلى الله عليه و سلم : " جعلت لي الأرض مسجداً و طهوراً " (8) وقد ذكر صلى الله عليه و سلم هذه الفضيلة في سياق ذكر ما فضله الله تعالى به على الأنبياء في حديث : " فضلت على النبيين بخمس .. " . وقوله صلى الله عليه و سلم لأبي ذر : " حيثما أدركتكم الصلاة فصل و الأرض لك مسجد " (9) وجه الدلالة في الأحاديث السابقة أنها لم تستثني مكاناً دون آخر و الأحاديث التي تنهى عن الصلاة في المقبرة منسوخة بهذه الأحاديث ، و لا يجوز على فضائله صلى الله عليه و سلم النسخ و لا الخصوص و لا الاستثناء ، و ذلك جائز في غير فضائله . (10)

- 1 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج1 ص206 .
- 2 (النووي ، المجموع ، ج3 ص157 .
- 3 (الحطّاي ، ابن المطهر (ت726هـ) ، منتهى الطلب ، ج1 ص244 . تحقيق حسين بيشنماز ، الناشر : حاج أحمد ، تبريز ، 1333هـ .
- 4 (النووي ، المجموع ، ج3 ص157 .
- 5 (الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج1 ، ص373 . و انظر : - المباركفوري ، تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي ، ج2 ص219 .
- 6 (الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج1 ص9 . و القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج10 ص52 .
- 7 (سورة التوبة : آية 108 .
- 8 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب قول النبي صلى الله عليه و سلم : جعلت لي الأرض مسجداً و طهوراً ، ج1 ص448 ، حديث رقم 438 .
- 9 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الأنبياء ، باب قول الله تعالى : { ووهبنا لداود سليمان .. } ج3 ص1260 حديث رقم 3243 .
- 10 (ابن عبد البر ، التمهيد ، ج1 ص188 .

القول الثالث : قول الحنابلة ⁽¹⁾ و الظاهريّة ⁽²⁾، قالوا ببطلان الصلاة في المقبرة و أنّ من صلى في المقبرة فصلاته باطلة و لا تنعقد و عليه الإعادة لأنّ النهي يقتضي الفساد مطلقا . قال الحنابلة : ومن صلى في المقبرة أو الحمام أو أعطان الإبل والمزبلة وظهر بيت الله الحرام والمغصوب أعاد .

و كذلك إن صلى في المقبرة أو الحش أو الحمام أو في أعطان الإبل أعاد . اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الصلاة في هذه المواضع فروي أن الصلاة لا تصح فيها بحال وممن روي عنه أنه كره الصلاة في المقبرة علي وابن عباس وابن عمر و عطاء و النخعي و ابن المنذر وممن رأى أن يصلي في مرابض الغنم ولا يصلي في مبارك الإبل ابن عمر و جابر بن سمرة و الحسن و مالك و إسحاق و أبو ثور و عن أحمد رواية أخرى أن الصلاة في هذه صحيحة ما لم تكن نجسة.

وكذلك قال الظاهرية : ببطلان صلاة من صلى في المقبرة.

مناقشة الآراء : إن قول الشافعيّة و الأحناف بصحة الصلاة مع الكراهة قول متطابق مع قولهم أنّ النهي لوصف مجاور لا يقتضي الفساد و أنّ النهي للكراهة لا للتحريم لأنّ هذه البقع غالبا ما تكون فيها نجاسات ، فكان النهي احترازا عن النجاسة ، فإذا تحقق وجود نجاسة فإنه لا تجوز الصلاة لانعدام الطهارة .

أمّا المالكية الذين قالوا بجواز الصلاة في المقبرة مطلقا دون كراهة فلأنّ أحاديث النهي عندهم منسوخة بالأحاديث التي تبيح الصلاة في كل مكان مطلقا ، لا لكونهم يقولون أنّ النهي يقتضي الفساد .

و أما الحنابلة و الظاهرية فقد تماشوا مع أصلهم أيضا في أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقا سواء كان لذات المنهي عنه أو لوصفه اللازم أو وصف مجاور ، و من ذلك ما مر من قولهم ببطلان الصلاة في الثوب المغصوب و الدار المغصوبة .

أمّا الإمامية فلقد تناقضوا مع أنفسهم تناقضا عجيبا فإنهم قالوا ببطلان الصلاة في الثوب المغصوب علما أنّ النهي عن الصلاة في الثوب المغصوب لوصف مجاور فكان الأصل أن يتابعوا الحنابلة و الظاهرية على قولهم ببطلان الصلاة في المقبرة ، و لكن لعلّ مخالفتهم لأصلهم ترجع إلى أنهم يعظمون القبور و يتخذونها مساجدا .

1 (ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج 1 ص 753 . وانظر الحافظ العلائي ، تحقيق المراء في أنّ النهي يقتضي يقتضي الفساد ، ج 1 ص 81 .

2 (ابن حزم الظاهري ، المحلى ، ج 4 ص 32 .

المسألة الخامسة : تطبيقات القاعدة على قصر الصلاة للعاصي بسفره .

قصر الصلاة بالسفر ثابت بالكتاب و السنة لقول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ

عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يُفْتِنَكُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا ﴾ ⁽¹⁾ و أما

دليل القصر من السنة ما رواه الإمام مسلم عن يعلى بن أمية قال قلت لعمر بن الخطاب (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتكم أن يفتنكم الذين كفروا) فقد أمن الناس فقال عجب مما عجب منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم- عن ذلك. فقال : " صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته " ⁽²⁾

ولكنّ العلماء اختلفوا في جواز قصر الصلاة للعاصي بسفره على أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية ⁽³⁾ إلى جواز قصر الصلاة للعاصي بسفره و لم يفرقوا من حيث جواز قصر الصلاة بين سفر الطاعة و سفر المعصية فذهبوا إلى أنه يستوي المقدار المفروض على المسافر من الصلاة في سفر الطاعة من الحجّ و الجهاد و طلب العلم و سفر المباح كسفر التجارة و نحوه و سفر المعصية كقطع الطريق و البغي.

القول الثاني : ذهب الجمهور ⁽⁴⁾ و وافقهم الشيعة الإمامية ⁽⁵⁾ إلى أنّ العاصي بسفره لا يجوز له أن يترخص بالقصر من الصلاة لأنّ في ترخصه إعانة له على المعصية فقالت المالكية : السفر الذي تقصر فيه الصلاة هو الواجب و المندوب و المباح و لا يباح القصر في المعصية . ⁽⁶⁾

و قال الإمام النووي في المجموع : قال أصحابنا : إذا خرج لقطع الطريق أو لقتال المسلمين ظلماً أو أباً من سيده أو ناشراً من زوجها أو متخفياً عن غريمه مع قدرته على قضاء دينه و نحو ذلك لم يجز له أن يترخص بالقصر و لا غيره من رخص السفر بلا خلاف عند

1 (سورة النساء : آية 101 .

2 (الإمام مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب صلاة المسافرين و قصرها ، ج2 ص 143 حديث رقم 1605 .

3 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج1 ص 93 .

4 (الخطاب ، مواهب الجليل ، ج1 ص 487 . و النووي ، المجموع ، ج4 ص 344 . و ابن قدامة ، المغنى ، ج2 ص 101 .

⁵ (لحّٰي ، ابن المطهر (ت726هـ)، تذكرة الفقهاء ، ج4 ص

6 (الخطاب ، مواهب الجليل ، ج1 ص 487 . الرازي ، المحصول ، ج5 ص 351 . الغزالي ، المنحول ، ج1 ص 594 .

أصحابنا (1). و جاء في المغني : ولا تباح هذه الرخص في سفر المعصية كالآبق و قطع الطريق و التجارة في الخمر ، نصّ عليه أحمد (2)

ووافقت الإمامية جمهور أهل السنة في هذه المسألة فقالوا :

يشترط في جواز القصر إباحة السفر ، بإجماع علمائنا ، فلا يترخص العاصي بسفره ، كتابع الجائر ، والمتصيد لهوا وبطرا ، وقاطع الطريق ، وقاصد مال غيره أو نفسه بسفره ، والخارج على إمام عادل ، والآبق من سيده ، و الناشز من زوجها ، والغريم إذا هرب من غريمة مع تمكنه ، والخارج إلى بلد ليفعل فيه المعاصي ، و به قال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق - لقوله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد ﴾ (3) قال ابن عباس : غير باغ على

المسلمين ، مفارق لجماعتهم ، مخيف للسبيل ، ولا عاد عليهم بسيفه ولقول الصادق رضي الله عنه ، في قول الله عز وجل : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد ﴾ قال : " الباغي باغي الصيد ، والعادي السارق ، ليس لهما أن يأكلا الميتة إذا اضطررا إليها ، هي حرام عليهما ، ليس هي عليهما كما هي على المسلمين ، وليس لهما أن يقصرا في الصلوة " . ولأن السفر سبب لتخفيف الصلاة إذا كان مباحا ، فلا يكون سببا وهو معصية . (4)

مناقشة الآراء : احتج الحنفية (5) كلما ذهبوا إليه أن الصحابة قد أجمعوا أن العاصي بسفره يترخص فإن ابن عمر و ابن عباس قالوا : " صلاة المسافر ركعتان على لسان نبيكم " (6).

فيجب العمل بالعموم ، و أجابوا عن احتجاج الجمهور بقول الله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد ﴾ بأنه لا خلاف أن الإثم مرفوع عن المضطر غير الباغي و لا العادي ولكن الخلاف

في الباغي العادي إذا تحقق الاضطرار في حقه و الآية ساكتة عن حكمه . (7)

1 (النووي ، المجموع ، ج4 ص 344 .
2 (ابن قدامة ، المغني ج2 ص 101 . و - عبد القادر الدمشقي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج1 ص 355 ، تحقيق عبد المحسن التركي ، ط2 مؤسسة الرسالة بيروت ، 1401 هـ .
3 (سورة البقرة : آية 173 . انظر ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج2 ص 16 .
4 (الحلبي ، ابن المطهر (ت726هـ) ، تذكرة الفقهاء ، ج4 ص 395 ، ط1 ، 1414 هـ مؤسسة آل البيت لإحياء التراث .
5 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج1 ص 93 .
6 (النسائي ، السنن الكبرى ، ج1 ص 536 ، حديث رقم 1735 .
7 (يوسف سبط ابن الجوزي (ت654هـ) ، إنباء الإنصاف ، ج1 ص 50 ، تحقيق ناصر العلي ، ط1 دار السلام ، 1408 هـ .

وقال السبكي : لا يصح قياس العاصي على المطيع لأنّ القياس ينفي ترخصه لأنّ ترخصه إعانة على المعصية . (1)

يقول الحافظ العلائي : المحرّم هو نفس السفر فلا يكون هذا السفر سببا للترخص الشرعي كما في الصوم يوم العيد لما من التنافي بين الصّدّة و المشروعيّة ، فصرفهم - الحنفية - المعصية إلى مجاور ليس صحيح . (2)

و المتأمل في الخلاف بين الجمهور و الحنفية يدرك أنّ الحنفية لا يقولون بأنّ النهي يقتضي الفساد و أنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا إذا كان النهي لشيء خارج عن ماهيّة المنهي عنه ، فتخريجا على أصلهم قالوا : أنّ العاصي بسفره يجوز له أن يترخص ، إذ لا علاقة بين قصر الصلاة و المعصية بالسفر ، مع اتفاقهم مع الجمهور أنّ العاصي بسفره آثم .

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة في الزكاة

الزكاة لغة : البركة و النماء و الطهارة و الصلاح (3)

1 (السبكي ، عبد الوهاب بن علي (ت771هـ) ، الإيهاج في شرح المنهاج على منهاج الأصول إلى علم الأصول ، ج3 ص31 ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1404هـ .

2 (العلائي ، تحقيق المراد ، ج1 ص 197 .

3 (المعجم الوسيط ، ج1 ص 824 .

و الزكاة اصطلاحاً تطلق على الحصّة المقدّرة من المال التي فرضها الله للمستحقين كما تطلق على نفس إخراج هذه الحصّة (1).

وجملت السنّة النبوية ببيان الأموال التي تجب فيها الزكاة و المقدار الواجب فيها ، و فصلت القول في الأشخاص و الجهات التي تصرف لها و فيها الزكاة ، و نظراً لأهميّة الزكاة بوصفها ركناً من أركان الإسلام فقد قاتل الصديق رضي الله عنه منكري الزكاة من غير نكير من الصحابة فكان إجماعاً على وجوبها .

و الزكاة عبادة و قربى مالية يتقرب بها المسلم إلى الله تعالى ، و هناك تطبيقات لقاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً على بعض مسائل الزكاة ، و سنتعرض لبعض هذه التطبيقات في المسائل الآتية :

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على زكاة المال الحرام .

المال الحرام ليس مملوكاً لمن هو بيده سواء كان مجموعاً من سرقة أو غصب أو ربا أو غيرها من الطرق غير المشروعة ، لذلك اشترط العلماء لزكاة المال أن يملكها من هي بحوزته ملكاً تاماً لا ينازعه فيه غيره و أن يتصرف فيه باختياره . (2)

جاء في فتح الباري : إنما لا يقبل الله الصدقة بالحرام لأنه غير مملوك للمتصدق وهو ممنوع التصرف فيه ، فلو قبل منه لزم أن يكون الشيء مأموراً به و منهياً عنه من وجه واحد وهو محال . (3) وفقهاء المذاهب لهم أقوال حول تركية المال الحرام نورد بعضها :

قال الحنفية : لو نوى المال الخبيث الذي وجبت صدقته أن يقع عن الزكاة وقع عنها ولو دفع رجل إلى غيره من المال الحرام شيئاً يرجو به الثواب يكفر ، ولو علم الفقير بذلك فدعا له و أمّن كفراً جميعاً . (4)

قال المالكية : تجب الزكاة على مالك النصاب ، فلا تجب على غيره كغاصب و مودع . (5) و قال الشافعية : إنّ الذي في يده مال خبيث يعتبر مفلساً فلا حجّ عليه و لا كفّارة ، بمعنى أنّ هذا المال لا اعتبار له فهو كالمعدوم شرعاً ، و المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً . (6)

1 (القرضاوي ، فقه الزكاة ج 1 ص 139 ، دار المعرفة ، الدار البيضاء .

2 (مطالب أولى النهي ج 2 ص 16 .

3 (ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 3 ص 180 .

4 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج 2 ص 317 .

5 (الدردير ، الشرح الصغير ، ج 1 ص 206 .

6 (النووي ، المجموع ، ج 9 ص 335 .

قال الحنابلة : لا يصح الوضوء بالماء المغصوب و الصلاة بثوب مغصوب أو في مكان مغصوب أو إخراج الزكاة من المال المغصوب . (1)

قال ابن حزم لا تقبل الصدقة من مال حرام ، بل يكتسب إثماً زائدا لقول النبي صلى الله عليه و سلم : " إن دمائكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام " (2) فكلما تصرف في الحرام ازداد معصية و ازداد إثماً ، قال الله تعالى : ﴿ مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ ﴾ (3) و لكنهم يقولون بعدم ترتب الأجر و الثواب بل حتى أنهم يقولون بكفر من ظن أنه بذلك تقرب إلى الله تعالى كما مر . ونسب بعض العلماء إلى الشيخ يوسف القرضاوي القول بوجوب تركية الأموال المحرمة (4) ، فرجعت إلى كتاب فقه الزكاة فوجدت عكس ذلك تماما ، حيث قال الشيخ يوسف القرضاوي :

السندات ذات الفوائد الربوية كذلك الودائع الربوية تجب فيها تركية الأصل زكاة النقود ربع العشر . 2.5 % أمّا الفوائد الربوية المترتبة على الأصل فالحكم الشرعي أنها لا تتركى ، و إنما هي مال خبيث على المسلم أن لا ينتفع بها وسبلها الإنفاق في وجوه الخير و المصلحة العامة ، ما عدا بناء المساجد أو طبع المصاحف و سائر الشعائر الدينية وكذلك الحكم في الأموال التي فيها شذّبه ، أمّا أموال المظالم المغصوبة و المسروقة فلا يزكي عليها غاصبها و لكن يردّها إلى أصحابها . (5)

وبعد استعراض هذه الأقوال يتبين أن العلماء متفقون على أن المال الحرام في حكم المعدوم شرعا فلا تجب فيه الزكاة التي هي عبادة و قربة إلى الله تعالى ، و لكنني فهمت من قول الحنفية أنّهم يجوزون إخراج الزكاة عن هذا المال .

و يلحق بهذا الصنف من الأموال العامة فإنّها و إن كانت موجودة حسا إلا أنها من حيث الوجوب الشرعي للزكاة تعتبر في حكم المعدومة فالأموال التي ملكيتها عامّة كأموال الحكومة ، لا زكاة فيها مع تحقق وجودها الحسّي و بلوغها النصاب و قد يحول عليها الحول ، فلا يؤخذ

1 (البهوتي ، كشف القناع ، ج4 ص 115 .

2 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب المغازي ، باب حجة الوداع ، ج4 ، ص 1599 ، حديث رقم 4144

3 (سورة النساء آية 123 .

4 (مجموعة مؤلفين ، أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ، ج1 ص 93 . ط1 ، 1418هـ ، دار النفائس النفائس للنشر و التوزيع . وعزى المؤلفون نقلهم عن بحث للدكتور حامد محمود إسماعيل بعنوان : زكاة المال الحرام ص 31 .

5 (القرضاوي ، فقه الزكاة ، ج1 ص 466 .

منها الزكاة لأنها تنزل منزلة المعدوم من حيث وجوب الزكاة لذا قالوا : لا زكاة في مال فيء ولا خمس غنيمة لأنه يرجع الصرف في مصالح المسلمين (1)

و اشتراط الملك التام يخرج به المال الذي يجمعه صاحبه عن طريق محرم كالسرقة و الغصب و الربا و الاحتكار ، فهذه الطرق نهى الشارع عنها فصار ملك صاحب المال - أي الذي جمعه بطريق حرام - في حكم المعدوم شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و حيازته لهذه الأموال لا تعني الملك الشرعي لها . (2)

ولقد ذهب بعض العلماء إلى جواز دفع الزكاة للحكام الظلمة الذين يأكلون أموال الناس بالباطل على اعتبار أنهم فقراء ، لا يملكون مالا مع وجود المال بشكل حسي بين أيديهم . جاء في المبسوط :

فأما ما يأخذ سلاطين زماننا هؤلاء الظلمة من الصدقات و العشور و الخراج و الجزية فلم يتعرض له محمد رحمه الله تعالى في الكتاب وكثير من أئمة بلخ يفتون بالأداء ثانيا فيما بينه وبين الله تعالى كما في حق أهل البغى لعلنا أنهم لا يصرفون المأخوذ مصارف الصدقة وكان أبو بكر الأعمش يقول في الصدقات يفتون بالإعادة فأما في الخراج فلا لأن الحق في الخراج للمقاتلة وهم المقاتلة حتى إذا ظهر عدو ذبوا عن دار الإسلام فأما الصدقات للفقراء والمساكين وهم لا يصرفون إلى هذه المصارف و الأصح أنه يسقط ذلك عن جميع أرباب الأموال إذا نوا بالدفع التصدق عليهم لأن ما في أيديهم من أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق مالهم فلو ردوا ما عليهم لم يبق في أيديهم شيء فهم بمنزلة الفقراء حتى قال محمد بن سلمة : يجوز أخذ الصدقة لعلى بن عيسى بن يونس بن ماهان وإلى خراسان وكان أميرا ببلخ وجب عليه كفارة يمين ، فسأل عنها الفقهاء عما يكفر به ، فأفتوه بصيام ثلاثة أيام . فجعل يبكى ويقول لحشمه : أنهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك من المال وكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا وكذلك ما يؤخذ من الرجل من الجبايات إذا نوى عند الدفع أن يكون ذلك من عشره وزكاته جاز على الطريق الذي قلنا . (3)

فهؤلاء السلاطين و ما شاكلهم من الذين يأخذون أموال الناس بطريق محرّم اعتبروا فقراء لأنّ ملكيتهم غير تامّة للمال لعدم اعتبار الشارع حيازتهم للمال ملكيّة له ، فالملكيّة لا تثبت بالغصب و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) .

1 (القرضاوي ، فقه الزكاة ج 1 ، ص 131 و 132 . دار المعرفة ، الدار البيضاء . ومطالب أولى ج 2 ص 16 .

2 (القرضاوي ، فقه الزكاة ص 133 .

3 (السرخسي ، المبسوط ، ج 2 ص 180 .

و ربما يظن كثير من اللصوص الصغار و الكبار المعروفين باسم اللصوصية و المختفين تحت أسماء مزورة كاذبة أنّ بحسبهم أن يتصدقوا ببعض ما كسبوا من سحت و ما جمعوا من حرام فإذا هم مقبولون عند الله تعالى و إذا هم عند الناس شرفاء أطهار وهو وهم كاذب ، قال عليه السلام : " من جمع مال من حرام ثم تصدق به لم يكن له فيه أجر و كان إصره عليه " (1) ، و قال عليه السلام " لا تقبل صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول " (2) . (3)

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في الأوقاص .

سبق و أن بيّنا أنّ من أسباب الانعدام العفو الذي يجعله الشارع في مقام المعدوم تخفيفا و رحمة بالمكلفين ، و من أمثلة ذلك الأوقاص ، و الأوقاص هي : ما بين الفريضتين في زكاة الأنعام . (4) وقد ثبت العفو عن هذه الأوقاص في حديث ابن عباس قال : لما بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم- معاذاً إلى اليمن أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبعة جذعا أو جذعة ، ومن كل أربعين بقرة بقرة مسنة فقالوا : فالأوقاص قال: ما أمرني فيها بشيء وسأسل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إذا قدمت عليه فلما قدم على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- سأله عن الأوقاص فقال : " ليس فيها شيء " (5)

فإنّ الشارع الحكيم جعل الأوقاص معفوا عنها من حيث وجوب الزكاة فيها فلم يوجب فيها الزكاة مع كونها لها وجودا حسيا و هي مال تحقق فيه الزكاة لكن لما كان ليس لها اعتبار شرعي جعلها في حكم المعدومة شرعا و لم يوجب فيها الزكاة .

1 (الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، کتاب الزکاة ، حدیث رقم 1440 ، ج 1 ص 548 . قال الحويني في حكمه على الحديث : حديث حسن . أخرجه ابن خزيمة حديث : 2471 ، وابن حبان حديث 797 ، والحاكم ج 1 ص 390 ، وابن الجارود 336 ، والبيهقي ج 4 ص 84 من طريق عمرو بن الحارث ، حدثني دراج أبو السمح ، عن ابن حجر ، عن أبي هريرة مرفوعاً : (إذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك فيه ، ومن جمع مالا حراماً ...) الحديث .

وأخرج أوّله : الترمذي حديث 618 ، وابن ماجه حديث 10788 ، و البيهقي في شرح السنة ج 6 ص 67 وقال الترمذي حديث حسن غريب . وضعف إسناده الحافظ في التلخيص ج 2 ص 160 ، أمّا الحاكم فقال : صحيح الإسناد . كذا نقله المنذري في الترغيب حديث : 10114 ، والذي رأيت في المستدرک أنه قال : شاهد صحيح من حديث المصريين . [الفتاوى الحديثية للحويني ج 1 ص 111]

2 (مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطهارة ، باب وجوب الطهارة في الصلاة ، ج 1 ص 140 حديث رقم 557)

3 (القرضاوي ، فقه الزكاة ، ج 2 ص 242 .

4 (أبو زيد القيرواني (ت389هـ) ، رسالة أبي زيد القيرواني ج 1 ص 350 ، المكتبة الثقافية ، بيروت . - المرادوي ، علي بن سليمان (ت885هـ) ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج 1 ص 462 ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية .

5 (البيهقي ، سنن البيهقي ، كتاب الزكاة باب كيف فرض صدقة الفطر ، ج 2 ص 80 حديث 7543 . قال الحافظ ابن حجر : للحديث شواهد صحيحة . [تلخيص الحبير ص 174] .

المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على المشغول بالحاجة الأصلية .

إنّ المال الذي يكون حاجة أصلية لا يُعدّ وعاءً للزكاة ؛ لأنّ (المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم) و الحاجة الأصلية هي ما يدفع الهلاك عن الإنسان تحقيقاً كالنفقة و دور السكنى و آلات الحرب و الثياب المحتاج إليها لدفع الحرّ و البرد أو تقديراً كالدين فإنّ المدين محتاج إلى قضاءه بما في يده من النصاب دفعا عن نفسه الحبس الذي هو كالهلاك و كآلات الحرفة و أثاث المنزل و أدوات الركوب و كتب العلم لأهلها فإنّ الجهل عندهم كالهلاك . فإذا كانت له دراهم مستحقة يصرفها إلى تلك الحوائج صارت كالمعدومة كما أنّ الماء المستحق يصرفه إلى العطش كان كالمعدوم و جاز عنده التيمم . (1)

و من الحاجات الأساسية قضاء الديون فقد ذهب العلماء أنّ من عليه دين يستغرق النصاب فلا زكاة عليه . (2)

المطلب الرابع

تطبيقات القاعدة في الصيام

الصوم لغة : الإمساك ، و منه قول الله تعالى حكاية عن مريم : ﴿ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا ﴾ (3) أي إمساكا و سكوتا عن الكلام .

و اصطلاحاً : إمساك عن المفطر على وجه مخصوص . و الصوم ركن من أركان الإسلام ثبت بالكتاب و السنّة و الإجماع كما هو معلوم . (1)

1 (ابن عابدين ، محمد أمين (ت1306هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار ج2 ص 284 ، بإشراف مكتب البحوث و الدراسات ، 1415هـ ، دار الفكر ، بيروت .
2 (انظر الكاساني ، بدائع الصنائع ج2 ص 8 . الشيرازي ، المهذب ، ج1 ص 262 . و ابن قدامة ، المغني ج3 ص 41 .
3 (سورة مريم : آية 26 .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على من نذر صيام يوم النحر و أيام

التشريق

اتفق العلماء على أنّ الصيام قربة و طاعة لله سبحانه و تعالى و لكن هناك أوقاتا منع الشارع الصوم فيها كيوم النحر و أيام التشريق و يوم الفطر ، فاختلّفوا في ذلك هل من نذر أن يصوم في هذه الأيام ينعقد نذره و يقبل صومه و يسقط عنه القضاء ؟ و القادة الفقهية تقول : (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) ، و (النهي يقتضي الفساد) ، و بناءً على ذلك اختلفوا على قولين :

القول الأول : و هو قول الجمهور من المالكية⁽²⁾ و الشافعية⁽³⁾ و الحنابلة⁽⁴⁾ و هو قول زفر من الحنفية⁽⁵⁾ بأنه لا يصح صومه و لا ينعقد نذره و ارتكب ما هو منهى عنه .
و استدلل الجمهور لما ذهبوا إليه بنهيه صلى الله عليه و سلم عن الصيام في هذه الأيام ، بقوله : " لا تصوموا في هذه الأيام " ⁽⁶⁾ و المنهي عنه يكون معصية و النذر بالمعصية لا يصح .

القول الثاني : ذهب الحنفية إلى أنّ الذي يصوم في هذه الأيام ينعقد صومه و إن نذر يلزمه القضاء ، و لكنهم قالوا : من نذر أن يصلي في الأرض المغصوبة أو يصوم يوم النحر فيجب أن يصلي في أرض أخرى و يصوم في يوم آخر و لو صلى في الأرض المغصوبة أو صام يوم النحر خرج عن العهدة .⁽⁷⁾
و احتجوا بأنّ النهي يقتضي تصور المنهي عنه ، لأنّ النهي عما لا يتصور لغو لأتاك لا تقول للأكمه لا تنظر و للأعمى لا تبصر فكان المنهي عنه غير الصوم .
وروي عنه صلى الله عليه و سلم أنّه قال لعلي : " إنها ليست أيام صيام إنها أيام أكل و شرب و ذكر " ⁽⁸⁾ و أجاب الإمام ابن حجر على هذا الإشكال الذي أورده الحنفية فقال :

1 (الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 1 ص 420 .
2 (الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ج 1 ص 281 .
3 (الإمام الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ص 223 .
4 (الانصاف ، ج 11 ص 122 .
5 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ص 308 .
6 (النسائي ، السنن الكبرى ، ج 2 ص 165 ، حديث رقم 2875 . و صححه الألباني ، في السلسلة الصحيحة ج 7 حديث رقم 3575 .
7 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ص 308 .
8 (الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحيحین ، كتاب الصوم ، ج 1 ص 600 حديث رقم 1588 . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي [إرواء الغليل ج 4 ص 129]

و أصل الخلاف في هذه المسألة: أنّ النهي يقتضي صحة المنهي عنه ، قال الأكثر : لا ، و عن الحسن بن محمد : نعم ، و احتجّ بأنه لا يقال للأعمى لا يبصر ، لأنه تحصيل الحاصل ، فدل على أنّ صوم يوم العيد ممكن و إذا أمكن ثبت الصّدة .

و أوجب أنّ الإمكان المذكور عقلي و النزاع في الشرع و المنهي عنه شرعا غير ممكن فعله شرعا ، و من حجج المانعين أنّ النفي المطلق إذا نهى عن فعله لم ينعقد لأنّ النهي مطلوب الترك سواء كان للتحريم أو للتنزيه و النفل مطلوب الفعل فلا يجتمع الضدان ، و الفرق بينه و بين الأمر ذي الوجهين كالصلاة في الدار المغصوبة أنّ النهي عن الإقامة في المغصوب ليست لذات الصلاة بل للإقامة و طلب الفعل لذات العبادة بخلاف صوم يوم النحر مثلاً فإنّ النهي فيه لذات الصوم فافترقا و الله أعلم . (1)

مناقشة الآراء طرّد الحنفية أصلهم بأنّ النهي لا يقتضي الفساد إذا لم يكن لذات المنهي عنه ، فالنهي عنه لا لذات الصوم ؛ لأنّ الصوم في ذاته عبادة بل لظرف يوم العيد لأنّ العبادة في ضيافة الله في هذا اليوم ، أي أراد الله سبحانه و تعالى التوسعة عليهم فيه و الصوم إعراض عن هذه الضيافة و التوسعة ، فكان النهي لا لقبح ذاتي بل لعارض زماني ، فهو وصف أو ظرف لازم لا لذات المنهي عنه . (2)

وطرّد الجمهور أيضاً أصلهم في أنّ النهي يقتضي الفساد و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، سواء كان لذاته أو لوصفه اللازم الذي لا يتصور انفكاكه عنه . (3)

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على النية في الصيام .

اتفق العلماء على أنّ النية ركن من أركان الصيام لحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم : " لا صيام لمن لم يجمع الصيام قبل الفجر " (4) ولكنهم اختلفوا في وقت النية حتى يعتد بهذا الصيام على قولين :

القول الأول : هو قول الجمهور من المالكية (5) و الشافعية (6) و الحنابلة (7) ، فاشتروا لصحة الصيام حتى يعتدّ به شرعا أن يبيت المسلم النية في الصيام قبل طلوع الفجر ، فلو أنّ شخصاً أمسك عن الطعام و الشراب و سائر المفطرات من طلوع الفجر إلى غروب الشمس و

1 (ابن حجر ، فتح الباري ، ج4 ص 239 .

2 (ابن قدامة ، المغني ، ج9 ص 360 .

3 (انظر : فتحي الدريني ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأى في التشريع الإسلامي ، ص 718 .

4 (النسائي ، أحمد بن شعيب (ت303هـ) ، السنن الكبرى ، ج2 ص 117 ، حديث 2646 ، و صححه الألباني الألباني بعدما ذكر مجموع طرقه ، انظر : [إرواء الغليل ، ج4 ص 25]

5 (الإمام مالك ، الموطأ ، ج2 ص 197 .

6 (الشريبي ، مغني المحتاج ، ج1 ص 420 .

7 (ابن قدامة ، المغني ، ج2 ، ص 17 .

لكنه لم ينوي الصيام قبل الفجر فصيامه باطل إن كان صيام فريضة فلا يعتدّ به و هو في حكم المعدوم شرعا ؛لأنّ النفي في الحديث السابق إنما هو نفي للحقيقة الشرعية و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

القول الثاني : ذهب الحنفية ⁽¹⁾ إلى أنه يشترط وجود النية في أكثر النهار في صوم رمضان و صوم التطوع و تجزئ النية حتى لو كانت بعد الفجر ، و أجابوا على حديث النبي صلى الله عليه و سلم أنّ نفي الصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، نفي كمال و يدل على ذلك ما ثبت أنّه صلى الله عليه و سلم :

قال المباركفوري :و الظاهر أنّ النفي متوجه للصحة لأنها أقرب المجازين للذات أو متوجه لنفي الذات الشرعية . ⁽²⁾

أرى أنّ النفي إنما هو لنفي حقيقة الصيام ؛لأنّ الخل عند ترك النية دخل على ماهية الصيام مما يخل بحقيقة الصيام الشرعية ، فهذا الصيام المفتقر للنية على الوجه المأمور به (أي تبييت النية)لا يعتدّ به شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .
ثم اختلفوا بعد ذلك في تبييت النية في صوم التطوع إذا كان الصوم نافلة هل يعتدّ به أم لا على أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية ⁽³⁾ و الشافعية ⁽⁴⁾ و الحنابلة إلى أنه يجوز صيام النافلة بنية من النهار دون اشتراط تبييت النية و نسب ابن قدامة ذلك إلى الإمام أحمد فقال ⁽⁵⁾ : و عند إمامنا و أبي حنيفة و الشافعي أنه يجوز صيام النافلة بنية النهار و استدلوا لما ذهبوا إليه بحديث عائشة رضي الله عنها : قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه و سلم فقال : " عندك شيء ؟ قلت : لا ، قال : فإنني إذا صائم " . ⁽⁶⁾

القول الثاني : قول المالكية فقد منعوا من صحة الصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل سواء كان صيامه فرضا أو نفلا ، قال صاحب مواهب الجليل : وصحته مطلقا بنية مبيتة مع الفجر يعني أن شرط صحة الصوم مطلقا أي فرضا كان أو نفلا معين أو غير معيّن أن يكون بنية ⁽⁷⁾

1 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ص 229 .
2 (المباركفوري ، تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى ، ج3 ص 352 .
3 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ص 86 .
4 (النووي ، المجموع ، ج6 ، 300 .
5 (ابن قدامة ، المغنى ، ج3 ص 3 .
6 (مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب الصوم ، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار حديث رقم 2771 .
7 (الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل ج3 ص 336 .

و يتضح تطبيق قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) في من أمسك عن الطعام و الشراب حسا بدون نية فصيامه في حكم المعدوم و أيضا من لم يبيت النية في الصيام و أتى بالنية في النهار فصيامه في حكم المعدوم لأنّ النفي في الحديث السابق نفي للحقيقة الشرعية للصيام ، فهو معدوم شرعا و إن وجدت صورته الحسيّة .

المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على سفر المعصية .

رخص الله سبحانه و تعالى للمسافر أن يفطر في رمضان قال الله تعالى : ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ

مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾⁽¹⁾ كما رخص للمسافر قصر الصلاة الرباعية ، ولكن

اختلفت آراء العلماء في مسألة العاصي بسفره هل يعتبر هذا السفر سفرا مبيحا للرخص لشرعية من إفطار للصائم أو قصر صلاة للمصلي ، أم أنّ هذا السفر لا يعتدّ به شرعا فهو كالمعدوم من حيث ترتب الرخص الشرعية عليه على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁾ و الشافعية⁽³⁾ و الحنابلة⁽⁴⁾ ، إلى منع منع العاصي بسفره من الإفطار في رمضان ولم يجعلوه أهلا للترخص حتى و إن كان مسافرا و كانت مسافة السفر تجعل صاحبها مترخصا و اعتبروا هذا السفر في حكم المعدوم ، جاء في المجموع : و لا يجوز القصر في سفر المعصية فإذا سافر بمعصية كالسفر لقطع الطريق أو قتال المسلمين فلا يجوز القصر ولا الترخص بشيء من رخص المسافرين لأنّ الرخص لا يجوز أن تعلّق بالمعاصي و لأنّ جواز الرخص في سفر المعصية إعانة على المعصية و هذا لا يجوز .⁽⁵⁾

و ذهب الحنابلة إلى أنه لا تباح هذه الرخص في سفر المعصية كالأبق و قطع الطريق و التجارة في الخمر و المحرمات نص عليه أحمد ، وهو مفهوم كلام الخرقى لتخصيصه الواجب والمباح ، وهذا قول الشافعي وقال الثوري و الأوزاعي و أبو حنيفة : له ذلك احتجاجا بما ذكرنا من النصوص ولأنه مسافر فأبيح له الترخص كالمطيع ، ولنا قول الله تعالى : ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ

1 (سورة البقرة : آية 184 .

2 (ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 262 .

3 (النووي ، المنهاج ، ج 5 ص 195 .

4 (ابن قدامة ، المغني ، ج 2 ص 100 .

5 (النووي ، المجموع ، ج 4 ص 344 .

بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾ (١) أباح الأكل لمن لم يكن عاديا ولا باغيا فلا يباح لباغ

ولا عاد قال ابن عباس : غير باغ على المسلمين مفارق لجماعتهم يخيف السبيل ولا عاد عليهم ولأن الترخيص شرع للإعانة على تحصيل المقصد المباح توصلا إلى المصلحة فلو شرعها هنا لشرع إعانة على المحرم تحصيلًا للمفسدة و الشرع منزه عن هذا والنصوص وردت في حق الصحابة وكانت أسفارهم مباحة فلا يثبت الحكم في من سفره مخالف لسفرهم ويتعين حمله على ذلك جمعا بين النصين وقياس المعصية على الطاعة بعيد لتضادهما . (2)

القول الثاني : ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للعاصي بسفره الترخيص والإفطار ، فقالوا :

السفر على ثلاثة أقسام سفر طاعة كالحج والجهاد ، وسفر مباح كالتجارة ، وسفر معصية كقطع الطريق ، والأولان سببان للرخصة اتفاقا وأما الأخير فكذلك عندنا و به قال الأوزاعي و الثوري و داود و المزني وبعض المالكية خلافا ل مالك و الشافعي وأحمد فإنهم قالوا : سفر المعصية لا يفيد الرخصة لأنها تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ أعني المعصية . (3)

والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رحمه الله :

سفر المعصية لا يفيد الرخصة ؛ لأنها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا إطلاق النصوص ؛ ولأن نفس السفر ليس بمعصية وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة والله أعلم . (4)

قال ابن رشد في بداية المجتهد : سبب الخلاف معارضة المعنى المعقول ، أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل ، ذلك أن من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر ، لم يفرق بين سفر و سفر ، أمّا من اعتبر دليلي الفعل ، قال إنه لا يجوز إلا في سفر متقرب به و أمّا من فرق بين المباح و المعصية فهي جهة التغليظ . (5)

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من أن العاصي بسفره لا يجوز له الترخيص في هذا السفر لأن الرخص تيسير على المكلفين و تخفيفا من الشارع عليهم ، فلو قلنا بجواز الترخيص للعاصي بسفره لكان ذلك إعانة له على المعصية ، كما أن سفر المعصية لا يعتد في كونه سفرا

1 (سورة البقرة : آية 173 .

2 (ابن قدامة ، المغني ، ج2 ص 100 .

3 (الطحاوي ، حاشية الحاوي على المراقي ، ج2 ص 419 .

4 (الهداية ، ج2 ص 80 .

5 (ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج1 ، ص262 .

تنطاط به الرخص الشرعية ، فهو في حكم المعدوم من حيث ترتب الرخص عليه و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على صوم يوم العيد و أيام التشريق :

إن صوم يوم العيد منهي عنه فهل هذا النهي يقتضي الفساد أم لا و هل المعدوم شرعا كالمعدوم حسا :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن صوم يوم العيد معتد به لأنّ التحريم ليس لعين الصيام فإن نذر صوم يوم العيد ينعقد و يجب الوفاء به بصوم يوم غيره و لو صامه خرج عن العهدة ، لأنّ التحريم لأمر خارج عنه و هو الإعراض عن ضيافة الله تعالى . (1)

القول الثاني : ذهب الجمهور من المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) ووافقهم الإمامية (5) ، أنّ صوم يوم العيد باطل غير منعقد .

و احتج أصحاب هذا القول بأنّ يوم العيد حرّم الشارع صومه فأشبهه زمن الحيض ، و قالوا إنّ النهي يقتضي بطلان العبادة ، لأنّ العبادة يأتي بها المكلف على وجه قربة ، و بعد أن تصبح محرمة لا يمكن قصد التقرب بها ، لأنّ التقريب بالمبغوض و بالمعصية غير ممكن ، فتقع باطلّة . (6)

1 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج4 ص 40 ، و انظر الدريني ، المناهج الأصولية ص 721 .

2 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج1 ص 188 .

3 (النووي ، روضة الطالبين ، ج2 ص 582 .

4 (ابن قدامة ، المغني ج11 ص 344 .

5 (محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، ج1 ص 105 .

6 (انظر : المغني ، ج11 ص 344 . و- محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، ج1 ص 105 .

المطلب الخامس

تطبيقات القاعدة في الحج

الحج لغة : القصد . (1)

و اصطلاحا : قصد مكة للنسك في زمن مخصوص (2).

وقد أمر الله به سبحانه و تعالى في كتابه العزيز و النبي صلى الله عليه و سلم في سنته و هو من أركان الإسلام الخمسة .

فالحج عبادة بدنية و مالية له شروطه و أركانه التي لا يصح إلا بها ، و هناك بعض التطبيقات لقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) ، تتعلق بشعيرة الحج ، نذكرها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على الحج بمال مغصوب أو مال حرام .

اتفق العلماء على أنّ من حج بمال حرام آثم بغصبه لأنّ الأمانة مجمعة على حرمة الغصب و لم يقل أحد بجوازها و لكن لو حجّ بهذا المال ، فهل يعتبر حجّه باطلا بمنزلة المعدوم شرعا ؟ لأن النهي يقتضي الفساد أم أنّ حجّه صحيح و هو آثم بالغصب ؟

1 (الرازي ، مختار الصحاح ، ج7 ص 16 .
2 (البهوتي ، كشف القناع ، ج6 ص 295 .

القول الأول : ذهب الجمهور من الحنفية (1) و الشافعية (2) و المالكية و رواية عن أحمد (3) بأن حجّه صحيح و لا تلزمه إعادة ، فقالوا إذا غصب مالا و حجّ به ضمنه و أجزأه حجّه (4) و استدّلوا على صدّة حج من حجّ بمال مغصوب ، أن الحجّ أفعال مخصوصة و التحريم لمعنى خارج عنها ، فماهية الفعل سالمة عن النهي ، و النهي لأمر خارج ، فالنهي هنا لا يقتضي الفساد و البطلان و قاسوا ذلك على من صلى بثوب حرير . (5)

وقالوا : لا يقبل الحج بالنفقة الحرام ، كما ورد في الحديث ، مع أنّه يسقط الفرض عنه و لا تنافي بين سقوطه و عدم قبوله ، فلا يثاب لعدم القبول ، و لا يعاقب عقاب تارك الحج (6) و قال الحنفية (7) و المالكية (8) : أنّ عدم القبول بسبب الغصب لا يعني الفساد و لا يقتضي يقضي البطلان ولكن هو سبب في الإثم و إنقاص الأجر ، فقد قالوا : من حجّ بمال حرام فحجّه غير مقبول ، كما صرح به غير واحد من العلماء و ذلك لفقدان شرط الصّحة و القبول لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّيِّنِ ﴾ (9)

ولا منافاة بين الحكم بالصّحة و عدم القبول ؛ لأنّ أثر القبول في ترتب الثواب و أثر الصّحة سقوط الطلب . (10)

قال الإمام النووي ، أنه إذا حجّ بمال حرام أو راكبا دابة مغصوبة أثم ، و صحّ حجّه ، و أجزأ عندنا و دليلنا أنّ الحجّ أفعال مخصوصة و التحريم لمعنى خارج عنها . (11)

ووافق الإمامية الجمهور القول بصحة هذا الحجّ مع أنّ صاحبه أثم و حجّه ليس بمبرور . (12)

-
- 1 (ابن عابدين ، رد المختار ، ج3 ، ص 453 .
 - 2 (النووي ، المجموع ، ج7 ص 62 .
 - 3 (ابن رجب ، القواعد ، ص 13 .
 - 4 (الحطاب ، محمد بن محمد الرعيني (ت954هـ) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج3 ص 497 ، تحقيق زكريا عميرات ط1 ، 1416هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
 - 5 (النووي ، المجموع ، ج7 ص 62 .
 - 6 (ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج2 ، ص5 .
 - 7 (المصدر السابق نفسه .
 - 8 (الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج3 ص 497
 - 9 (سورة المائدة : آية 27 .
 - 10 (الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج3 ص 497 .
 - 11 (النووي ، المجموع ، ج7 ، ص 62 .
 - 12 (الشهيد الأول ، محمد بن مكي العاملي (ت786هـ) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، ج1 ص 312 . تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ط1 1412 هـ ، قم .

و نستطيع قياس الحج بالمال المحرم على أداء الصلاة في الأرض المغصوبة فإن الصلاة في الدار المغصوبة تقع و تبرأ بها الذمة مع وجود الحرام الناشئ عن شغل المكان المغصوب فالحرمة في الإنفاق لا في فرائض الحج . (1)

القول الثاني : وهو قول عند مالك (2) و الرواية الثانية لأحمد بن حنبل (3) و الظاهرية بأن بأن الحج بمال مغصوب باطل ، و احتجوا بقول الله تعالى : ﴿ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى ﴾ (4)

فمن حج بمال حرام كان زاده من أسوأ الزاد و لا يكون عند إذن من المتقين ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴾ (5) فلا يكون ممن تقبل أعمالهم ، و احتجوا بقوله صلى الله عليه و

سلم : "إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً" (6) فما لا يكون طيب لا يقبله الله تعالى ، و قوله صلى الله عليه و سلم : "من حج بمال حرام ، فقال : لبيك قال الله عز وجل : لا لبيك و لا سعديك ، و حجك مردود عليك "

قال ابن حزم : فلا يتأدى عمل إلا كما أمر الله تعالى ، أو كما أباح ، لا كما نهى عنه ، وبالله تعالى التوفيق، وكل عمل لا يصح إلا بصحة ما لا يصح ، فإن ذلك العمل لا يصح أبداً ، وكل ما لا يوجد إلا بعد وجود ما لا يوجد ، فهو غير موجود أبداً ، وكل ما لا يتوصل إليه إلا بعمل حرام فهو حرام أبداً ، وكل شيء بطل سببه الذي لا يكون إلا به فهو باطل أبداً ، وهذه براهين ضرورية معلومة بأول الحس ، وبديهية العقل ، ومن خالف فيها فهو سفسطائي ، مكابر للعيان ، وبالله التوفيق. (7)

و جاء في كتاب مواهب الجليل أن الإمام مالك بن أنس وقف في المسجد الحرام و نادى : يا أيها الناس : من عرفني فقد عرفني ، و من لم يعرفني فأنا مالك بن أنس ، من حج بمال حرام فليس له حج . (8) و أنشد بعضهم في ذلك :

إذا حججت بمال أصله سحت فما حججت و لكن حجت العير
لا يقبل الله إلا كل طيبة ما كل من حج بيت الله مبرور

- 1 (د. عباس الباز ، أحكام المال الحرام ، ص 296 .
- 2 (الخطاب الرعيني ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج 3 ص 497
- 3 (ابن رجب ، القواعد ، ص 13 .
- 4 (سورة البقرة ، آية 197 .
- 5 (سورة المائدة ، آية 27 .
- 6 (مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب ، ج 3 ص 85 حديث رقم 2393 .
- 7 (ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ص 308 .
- 8 (الخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج 3 ص 498 .

مناقشة الأقوال: إن الآيات الكريمة التي ساقها الفريق الثاني ، الذين قالوا ببطلان حج من حجّ بنفقة محرّمة ليست نصا في المسألة ، أمّا الأحاديث فإنها تدل على نفي القبول لا على نفي الصحة و الذي نبحت به هو الصدّة و عدمها لا القبول و عدمه . (1) أمّا الحديث الثاني الذي احتج به من قال ببطلان حج من حجّ بمال حرام و هو : " من حجّ بمال حرام ، فقال : لبيك قال الله عز وجل : لا لبيك و لا سعديك ، و حجك مردود عليك " حديث مردود ردّه علماء الحديث ، فقال عنه الجوزي في علله :

وهذا لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال عبد الرحمن بن مهدي: لا يعتد بدجين وقال يحيى : ليس حديثه بشيء وقال : النسائي ليس بثقة . (2)

افحنا بلة و الظاهرية طردوا أصلهم أنّ النهي يقتضي الفساد مطلقا ، سواء كان لذات المنهي عنه أو لغيره ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

أمّا الجمهور فراعوا أنّ السبب ليس لذات المنهي عنه و لا لوصفه اللازم بل هو لوصف مجاور ، و هي النفقة الخبيثة ، فجهة الأمر غير جهة النهي ، فأرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور ، و الله تعالى أعلم .

المسألة الثانية : تطبيق القاعدة على صيد المحرم .

نهى الله سبحانه و تعالى المحرم عن الصيد ، فقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ

حُرْمٌ ﴾ (3) وجعل هذا الصيد محرما عليه و اختلف العلماء ، هل يجوز للمحرم أن يأكل من هذا

الصيد و هل يجوز لغير المحرم أن يأكل مما ذبحه المحرم أم هو كالميتة و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، فقد خرّج الإمام المنجور هذه المسألة على أنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : ذهب الشافعي (4) في القديم ، و هو مذهب الإمامية إلى جواز الأكل للمحل ، و استدلت الإمامية فيما ذهبوا إليه برواية نسبوها إلى أبي عبد الله الحسين رضي الله عنه ، أنّه

1 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج2 ص 5 .

2 (الجوزي ، العلل المتناهية ، ج2 ص 566 .

3 (سورة المائدة : آية 95 .

4 (النووي ، المجموع ، ج1 ص 305 .

سؤال عن محرم أصاب صيدا ، يأكل منه المحل ؟ فقال : ليس على المحل شيء ، إنما الفداء على المحرم . (1)

و استدلل الشافعي في القديم لنا ذهب إليه بأن ما حصل بذكاته غير الصيد حلّ بذكاته الصيد ، كالحلال ، فإن أكل ما ذبح لم يضمن بالأكل ، لأن ما ضمنه بالقتل لم يضمنه بالأكل كشاة الغير . (2)

القول الثاني : ذهب الحنفية (3) و المالكية (4) و الشافعية (5) في الجديد و الحنابلة (6) أنه لا يحل للمحرم الذي قتل الصيد أن يأكل منه ، لا هو و لا غيره و استدلوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ﴾ (7) (8) . و وجه الدلالة أن الفعل الموجب

للحل يسمى ذكاة شرعا ، فلما سمّاه قتلًا عرفنا أن هذا الفعل غير موجب للحل أصلا . (9) حتى المضطر إذا كان محرما و وجد ميتة و صيدا حيّا صاده محرم أو أعان عليه فإنه يجب تقديم الميتة على الصيد الحي الذي صاده المحرم أو أعان عليه ، و عللوا ذلك بأنه إذا ذبحه صار ميتة ، و لا فائدة من ارتكاب هذا المحرم . (10)

وقال الشافعية في الجديد : يحرم على المحرم أكله لأتّاه إذا حرم عليه ما صيد له أو دلّ عليه فلأن يحرم عليه ما ذبحه أولى ، و يحرم على غيره لأن ما حرم على الذابح حرم على غيره كذبيحة المجوسي . (11)

مناقشة الآراء : أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور بأن ما ذبحه المحرم لا يحل له و لا لأحد من الناس و هو كالميتة ، لأن الله سبحانه و تعالى سمّاه قتلًا ، ولم يسمّه ذكاه أو أن النهي لذات المنهي عنه فهو كالمعدوم حسّا ، لأن (المعدوم حسّا كالمعدوم شرعا) ، و الله تعالى أجلّ و أعلم .

-
- 1 (الأردبيلي ، مجمع الفائدة ، ج 6 ص 338 .
 - 2 (النووي ، المجموع ، ج 1 ص 305
 - 3 (السرخسي ، المبسوط ، ج 1 ص 86
 - 4 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ص 216 .
 - 5 (النووي ، المجموع ، ج 7 ص 305 .
 - 6 (أبو البركات ، الشرح الكبير ، ج 3 ص 293 .
 - 7 (سورة المائدة : آية 95 .
 - 8 (المنجور ، شرح المنهج المنتخب ، ص 114 .
 - 9 (السرخسي ، المبسوط ، ج 1 ص 86 .
 - 10 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ص 216 .
 - 11 (النووي ، المجموع ، ج 7 ص 305 .

المبحث الثاني

تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية

نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن بعض المعاملات المالية لما يترتب عليها من إلحاق الضرر و الأذى بالمجتمع أو بالفرد لأنّ ما من نهى من نواهي الإسلام إلا لحكمة فالمنهي عنه قد يكون ضاراً بالمصالح الخاصة للناس أو العامّة للمجتمع ، ومن تلك المعاملات بيع منهي عنها لذاتها أو لوصفها اللازم ، فهي محل اتفاق بين الفقهاء على عدم صحتها ، و هناك نوع من البيوع يكون النهي لأمر خارج عنها للمجتمع ، ومن تلك المعاملات بيع منهي عنها لذاتها أو لوصفها اللازم ، فهي محل اتفاق بين الفقهاء على عدم صحتها ، و هناك نوع من البيوع يكون النهي لأمر خارج عنها غير لازم لها ، فهذا القسم من البيوع اختلف الفقهاء فيه اختلافاً متفرعاً من خلافهم في القاعدة الأصولية : هل النهي يقتضي الفساد ؟ أو هل المعدوم شرعاً كالمعدوم حسداً ؟

ثم إنّ هناك بعض أنواع العقود عفا الشارع عما هو موجود بها من الخلل و جعلها مستثناة من القواعد العامة التي تنهى عن الغرر أو تنهى عن بيع الدين بالدين أو عن بيع الإنسان ما ليس غده فاقترض أن يقدّر الموجود في حكم المعدوم تخفيفاً عن الناس و تحقيقاً للمصالح الدنيوية و رفعا للحرص و تيسيراً من الشارع الحكيم .

و سنتعرض إلى بعض تطبيقات قاعدة المعدوم في هذا المبحث ، بناءً على ما قدّمناه .

المطلب الأول

تطبيقات القاعدة في عقود التمليكات

عقود التمليكات هي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض أو بغير عوض (1)، كعقد البيع فالفقهاء يعرفون البيع بعدة تعريفات منها : مقابلة مال بمال قابلين للتصرف بالإيجاب و القبول على الوجه المأذون فيه (2) هو مبادلة متقوّم بمال متقوّم (3)، أو مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كمر الدار بمثل أحدهما على التأبّد غير الربا وقرض (4). فالبيع هو مبادلة مال بمال و السلعة هي في نظر الشرع مال إذا كانت مباحة ، فالسلعة المحرمة لا قيمة لها ولا اعتبار لماليتها فبالتالي لا ينعقد عقد البيع حتى يكون المال محترماً شرعاً من هنا اشترط الفقهاء في المال أن يكون متقوّم ما أي أن تكون له قيمة شرعية في حق المسلم و يمكن الانتفاع به .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في البيوع .

الفرع الأول : تطبيقات القاعدة في بيع الخمر:

اتفق العلماء على حرمة بيع الخمر و أنّ بيع الخمر بين المسلمين باطل باتفاق العلماء ، لأنّ الخل في ركن من أركان البيع و الخلل إذا دخل على الركن أطل البيع اتفاقاً لأنّ الخمر ليست بمال متقومة في حق المسلم ، إلا أنّ العلماء اختلفوا ، هل يجوز أن يتبايعها أهل الذمة فيما بينهم ، أو هل يجوز لمسلم أن يوكّل ذمياً في بيعها و شرائها على قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور (5) إلى تحريم بيع الخمر لمسلم أو ذمّي أو توكيل ذمّي في بيعها و شرائها و بيع الخمر و سائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلمين ، فالخمر لا تعتبر مالا متقوّم ما لا للمسلم و لا لغيره ، وقال النووي : أو ذمّي أو يتبايعها ذميان أو وكل المسلم ذمياً في شرائها له فكله باطل بلا خلاف عندنا وقال أبو حنيفة يجوز أن يوكل المسلم ذمياً في بيعها و شرائها وهذا فاسد منابذ للأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الخمر و بيع الخمر و سائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة لا يحرم ذلك عليهم قال المتولي المسألة مبينة على أصل

1 (عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص 312 .

2 (الحصني ، كفاية الأخير ، ج 2 ص 327 .

3 (السرخسي ، المبسوط ، ج 13 ص 23 .

4 (البهوتي ، كشاف القناع ، ج 3 ص 166 .

5 (ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 1 ص 869 . و - النووي ، المجموع ج 9 ص 227 . و - البهوتي ، كشاف القناع ، ج 3 ص 166 .

معروف في الأصول وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشرع وعندهم ليس بمخاطب و لو أتلف لغيره كلبا أو خنزيرا أو سرجينا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة لم تلزمه قيمته بلا خلاف عندنا . (1)

وجاء في الشرح الكبير : وما حرم بيعه لحرمة لم تجب له قيمة ، كالميتة لأن ما لم يكن مضمونا في حق المسلم لا يكون مضمونا في حق الذمي كالمرتد و لأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة . (2)

و ذكر الحنابلة مثل ذلك فقالوا (3) : لا يصح بيع الخمر و لو كانا ذميين لحديث جابر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) . فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال (لا هو حرام) . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوها ثمنه " . (4)

القول الثاني : قول الحنفية ، حيث قالوا :

الحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقا، وإنما الكلام فيما قابله فإن دينا كان باطلا أيضا وإن عرضا كان فاسدا ثم قال، وقيدنا بالمسلم ؛ لأن أهل الذمة لا يمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . (5)

فالعلماء متفقون على اعتبار هذا البيع باطل و أنّ الخمر معدومة شرعا من حيث القيمة فهي مع وجودها الحسي تعتبر معدومة ، ولكن الخلاف بين الحنفية و الجمهور : هل هي مال متقوم في حق غير المسلمين مبني على خلافهم في أنّ الكفار مخاطبون بفروع الإسلام أم لا ؟ (6)

فالجمهور على أنّ الكفار مخاطبون بفروع الإسلام و احتجوا لذلك بعمومات القرآن كقوله تعالى : ﴿ مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ * قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ ﴾ (7) فهذا يدل على أنهم معاقبون بترك

1 (النووي ، المجموع ، ج 9 ص 227 .
2 (الدردير ، الشرح الكبير ، ج 5 ص 377 .
3 (البهوتي ، كشف القناع ، ج 3 ص 176 .
4 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع ، باب بيع الميتة و الأصنام ، ج 2 ص 779 حديث رقم 2121 .
5 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج 5 ص 173 .
6 (الزنجاني ، تخریج الفروع على الأصول ، ص 97 .
7 (سورة المدثر ، آية رقم 42 ، 43 .

الصلاة . قال النووي في المجموع و أما الكافر الأصلي فاتفق أصحابنا في كتب الفروع أنه لا يجب عليه الصلاة و الزكاة و الصوم و غيرها ، من فروع الإسلام و أما في كتب الأصول فقال جمهورهم : هو مخاطب بالفروع كما هو مخاطب بأصل الإيمان ، و قيل لا يخاطب بالفروع ، و قيل يخاطب بالمنهي عنه ، كتحريم الزنا و السرقة و الخمر و الربا ، و أشباهها ، دون المأمور به كالصلاة . (1)

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز بيع الخمر بين أهل الذمة و عدم إلزام متلفها بالضمان ، لأنها في نظر الشرع ليست مالا محترما و إركان متقومة عندهم ، لكنها معدومة شرعا ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و الله تعالى أعلم .

الفرع الثاني : تطبيقات القاعدة في المنع من بيع النجس :

اختلف العلماء في حكم بيع النجس على قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور المالكية (2) و الشافعية (3) و الحنابلة (4) إلى القول بالمنع من بيع النجس لأنه لا منفعة فيه و إن بيعه من باب أكل أموال الناس بالباطل ، و قد علم أنه إنما منع بيع النجس لأنه لا منفعة فيه أصلا أو فيه منفعة منع الشارع منها فصار وجودها كالعدم لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

وذكر ابن عرفة ثلاثة أقوال للمالكية في مسألة بيع السرجين (5) :

القول الأول : المنع ، و هو قياس ابن القاسم للزبل على العذرة في المنع عند مالك .

القول الثاني : الجواز ، و هو قول لابن القاسم .

القول الثالث : الجواز للضرورة ، و هو قول أشهب .

هذا و العمل عند المالكية على جواز بيع الزبل دون العذرة للضرورة ، قال الحطاب : و اعلم أن القول بالمنع هو الجاري على أصل المذهب في المنع من بيع النجاسات و القول بالجواز لمراعاة الضرورة ، و من قال بالكراهة تعارض عنده الأمران ، و رأى أن أخذ الثمن

(1) النووي ، المجموع ، ج 3 ص 5 .
 (2) الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 59 .
 (3) الرافعي ، فتح العزيز ، ج 8 ص 112 .
 (4) ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ج 2 ص 4 .
 (5) السرجين و السرقيين بكسر السرجين و السرقيين بكسرهما معربا سرقيين بالفتح ، و هما ما تدمل به الأرض وفسره في المصباح بالزبل [حاشية رد المختار ج 5 ص 175 و ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ص 208]

عن ذلك ليس من مكارم الأخلاق ، و القول الآخر رأى أن العلة في الجواز إنما هي الاضطرار ، فلا بدّ من تحققها بوجود الاضطرار إليه . (1)

و قال الشافعية : لا يجوز بيع السرجين والكلب والخنزير والأعيان النجسة كما لا يجوز بيع الخمر و العذرة والجيفة وفاقا وان كان فيها منفعة . (2) وقالوا : أن بيع زبل البهائم و غوها باطل و استدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن الله إذا حرّم على قوم شيئا حرّم عليهم ثمنه " (3) لأنّ الزبل نجس العين لم يجز بيعه كالعذرة .

القول الثاني : قول الحنفية حيث قالوا : بجواز بيع كل ما فيه منفعة سواء كان طاهرا أو نجسا و ذهبوا إلى تحريم بيع الخمر لأنّ النص حرّمه ، لا لأنه نجس وقالوا إنّ بيع السرجين جائز ، فالناس يتبايعونه للزروع في سائر الأزمان من غير نكير . (4)

وقالوا : يصح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور لما رواه أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه : " أنه صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد " (5) ، ولأنه مال متقوم آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازي بدليل أن الشارع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا . وهذا على القول المفتي به من طهارة عينه بخلاف الخنزير فإنه نجس العين ، وأما على رواية أنه نجس العين كالخنزير فقال في فتح القدير : ولو سلم نجاسة عينه فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرّقين و البعر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها ، فإن ثبت شرعا إطلاق الانتفاع بها مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالأستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه و به قال مشايخنا . وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو الحديث إن الذي حرم شربها حرم بيعها . (6)

الفرع الثالث : تطبيقات القاعدة في بيع الفضولي :

- 1 () الخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 59 .
- 2 () الرافعي ، فتح العزيز ، ج 8 ص 112 .
- 3 () أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مسند عبد الله بن عباس ، ج 1 ص 322 حديث رقم 2964 . وعلق عليه شعيب الأرناؤوط بأنه صحيح .
- 4 () ابن نجيم المصري ، البحر الرائق ج 8 ص 365 .
- 5 () خرّج هذا الحديث الفتني في تذكرة الموضوعات وعدّه من المناكير ، و ذكر في آخر أقواله قول ابن عبد الحق : والحق أنّه باطل . [الفتني ، محمد طاهر (ت986هـ) ، تذكرة الموضوعات ج 1 ص 136]
- 6 () ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 6 ص 286 .

و الفضولي هو من لم يكن وليا و لا أصيلا و لا وكلا في العقد. ⁽¹⁾ كمن يبيع ملك غيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه و القاعدة الفقهيّة (أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه) ⁽²⁾.

اتفق العلماء ⁽³⁾ على أنّ بيع الفضولي غير نافذ ، و اختلفوا هل بيع الفضولي و تصرفاته باطلة ؟ ، أم أنها موقوفة على إجازة الولي ؟ على أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية ⁽⁴⁾ ، و المالكية ⁽⁵⁾ و رواية عن أحمد ⁽⁶⁾ و الشافعي في القديم ⁽⁷⁾ أنّ تصرف الفضول ليس باطلا بل هو موقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازها صاحب الشأن نفذ و إلا بطل و بوّب البخاري في صحيحه : (باب إذا اشترى شيئا لغيره بغير إذنه فرضي) ، قال صاحب عمدة القاري : أشار به البخاري إلى بيع الفضولي و كأذّه مال إلى جواز بيع الفضولي ، و قد استدلل أصحاب هذا القول على صدّة العقد الموقوف بالكتاب و السنّة فمن الكتاب : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ⁽⁸⁾ و وجه الاستدلال : أنّ الله تعالى شرع البيع و الشراء و التجارة و ابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجود من المالك بطريق الأصالة و بين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بينما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء .
ومن السنّة استدلوا أنّ النبي صلى الله عليه و سلم أذن لعروة البارقي رضي الله عنه أن يشتري شاة و لم يأذن له في أن يبيع ما يشتريه ، فيكون بيعا فضوليا ، و مع ذلك فإنّ النبي صلى الله عليه و سلم لم يبطل العقد ، بل أقرّه ⁽⁹⁾ فدل على أنّ مثل هذا التصرف صحيح ينتج آثاره بالإقرار أو بالإجازة .

1 (الجرجاني ، التعريفات ، ج 1 ص 215 .

2 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ص 491 .

3 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج 5 ص 8 . الدردير ، الشرح الكبير ، ج 3 ص 12 . الشريبي ، مغني

المحتاج ، ج 5 ص 2 ، ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 415 .

4 (السرخسي ، المبسوط ، ج 6 ص 221 .

5 (ابن رشد ، بداية المجتهد ج 2 ص 913 .

6 (ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 415 .

7 (الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 2 ص 2 .

8 (سورة البقرة ، آية 275 .

9 (و الحديث أخرجه أبو داود و الترمذي و ابن ماجة في السنن وصححه الألباني ، ونصه عن عروة البارقي قال : دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره فقال له : " بارك الله لك في صفقة يمينك " . [سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ، ج 3 - ص 559 حديث رقم 1258]

القول الثاني : الشافعية في المشهور من المذهب (1) و المذهب عند الحنابلة (2) وهو قول أبي ثور و ابن المنذر : أنّ العقد الموقوف باطل و لا يصح بالإجازة و استدلوا لما ذهبوا إليه بقوله صلى الله عليه و سلم : " لا تبع ما ليس عندك " (3) ولأنّ الولاية شرط لانعقاد العقد (4) إلى بطلان هذا البيع لأنه تصرف فيما لا يملك الشخص فهو كالمعدوم شرعا لأنه لا ولاية له على ملك غيره و لا إذن بوكالة أو غيرها للفضولي بالتصرف في حقّ الغير ووجود العقد وجودا شرعيا يتوقف على قيام الولاية و الأهلية التي هي حق للعاقدة ، فالمعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و كما أنّ الفضولي ليس له حق أن يملك نفسه فمن باب أولى أنه لا يملك تمليك غيره لأنّ فاقده الشيء لا يعطيه (5) .

الفرع الرابع : تطبيقات القاعدة في بيع النجش :

النجش هو: أن يمدح السلعة لينفخها ويُرَوَّجَها أو يُزَيِّد في ثمنها وهو لا يريد شراءها ليقع غيره فيها (6) .

جاء في نيل الأوطار : أجمع العلماء على أن النجاش عاص بفعله ، واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك (7) ، على قولين : .

القول الأول : وهو قول أهل الظاهر (8) و المشهور عند الحنابلة (9) و رواية عن مالك (10) (10) ، و استدلوا لما ذهبوا إليه بما ثبت أنّ الرسول صلى الله عليه و سلم ، قد نهى عن بيع النجش ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه : " نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن النجش " (11)

-
- 1 (الشريبي ، مغنى المحتاج ، ج2 ص 2 .
 - 2 (ابن قدامة ، المغنى ، ج 5 ص 415 .
 - 3 (النسائي ، السنن الصغرى ، كتاب البيوع ، باب ما ليس عند البائع ، ج4 ص 39 ، حديث رقم 6206 .
 - 4 (الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج6 ص 6 .
 - 5 (البيهوتي ، كشف القناع ج2 ص 11 و 12 . و الشافعي ، الأم ج3 ص16 . و عبد الكريم الرافعي ، فتح العزيز ج11 ص37 .
 - 6 (ابن الأثير ، النهاية في غريب الأثر ج5 ص 21 .
 - 7 (الشوكاني ، محمد بن علي (ت1255هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخبار ، ج5 ص 266 ط 1973م ، دار الجليل بيروت - لبنان . .
 - 8 (الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج5 ص 230 .
 - 9 (ابن قدامة ، المغنى ، ج4 ص 294 .
 - 10 (ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ص 139 .
 - 11 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع ، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، ج2 ص 753 ، حديث 2035 .

وقال الظاهريّة ورواية عن مالك أنّ العقد باطل لأنّ النهي يقتضي الفساد وإن كان لوصف غير لازم . (1)

القول الثاني : قال الجمهور من الحنفية (2) و الشافعية (3) و المشهور عند المالكية (4) أنه أنه يصح البيع ، لأنّ النهي لخارج غير لازم لا يقتضي الفساد .

قال ابن حجر في الفتح : فمن نجش فهو عاص بالنجش إن كان عالماً بالنهي و البيع جائز لا يفسده معصية رجل نجش عليه قوله . (5)

مناقشة الآراء : أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من صحة عقد البيع ، مع وجود النجش مع أنّ النجاش عاص لله تعالى لكنّ النهي ليس عن ذات البيع و إنما عن الخداع ، فالنهي لوصف مجاور و ليس لذات المنهي عنه كما أنّ بعض من قال بصحة هذا العقد جعل للمشتري حق الفسخ . (6)

الفرع الخامس : تطبيقات القاعدة على البيع وقت النداء لصلاة الجمعة

نهى الحقّ سبحانه و تعالى عن الانشغال عن صلاة الجمعة بالأعمال الدنيوية و أمر العباد بتلبية دعوة المنادي للصلاة قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (7)

وبناءً على ذلك أجمع فقهاء المسلمين على تحريم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة لكنّهم اختلفوا في حكمه إذا وقع ، هل يفسخ عقد البيع باعتبار أنّ (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) و أنّ النهي يقتضي الفساد لأنّ هذا البيع صادف ما حرّم الله سبحانه و تعالى ؟ أم أنه لا يقتضي الفساد ؟ لأنّ النهي ليس لذات المنهي عنه و لا لوصفه اللازم و إنما لأمر خارج ، و هو انشغال المصلي عن أداء الصلاة .

القول الأول : ذهب الحنفية (8) و الشافعية (1) إلى أنّ البيع وقت النداء لا يفسد البيع ، ولا يفسخ العقد لأنّ النهي لأمر خارج عن ذات المنهي عنه .

1 (الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 266 .

2 (ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 6 ص 476 .

3 (المليباري الهندي ، فتح المعين ، ج 3 ص 330 .

4 (الردير ، الشرح الكبير ، ج 3 ص 68 .

5 (ابن حجر العسقلاني ، (ت852هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 4 ص 297 ، ط 2 ، دار المعرفة المعرفة للطباعة و النشر ، بيروت - لبنان

6 (الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ص 266 .

7 (سورة الجمعة : آية 9 .

8 (السرخسي ، المبسوط ، ج 6 ص 200 .

قال الحنفية : النهي متى كان لمعنى غير المنهي عنه فإنه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء و إن كان المنهي عنه يعدمه كالنهي عن بيع المضامين (2) و الملاقيح (3) ، كما قاسوا البيع وقت النداء على الصلاة في الأرض المغصوبة ، وقالوا : إن الصلاة في الأرض المغصوبة متعلق بوصف ، قلم تفسد ، كذلك البيع وقت النداء ، وقالوا : إن القبيح المجاور وهو ما يقبل الانفكاك كالبيع وقت النداء فإنه قبح لترك السعي وهو قابل للانفكاك إذ قد يوجد ترك السعي بدون البيع و العكس . (4)

و جعل الشافعية الضابط أن ما كان النهي عنه بسبب مفسدة نشأت من أحد أركان العقد فهو يقتضي الفساد كالنهي عن بيع مال الغير بدون إذنه والنهي عن بيع الخمر والكلب والخنزير والنهي عن بيع الملامسة والمناذرة فإن المفسدة الداعية إلى النهي عنه في الأول إنما هو أمر راجع إلى العاقد وفي الثاني إلى المعقود عليه وفي الثالث إلى الصيغة وما كان النهي عنه بسبب عارض لهذه الحثيات خارج عنها فإنه لا يوجب الفساد كالنهي عن البيع وقت النداء فعلم أن الغزالي جعل العاقد والمعقود عليه والصيغة من أركان العقد ولم يجعل الزمان والمكان من أركانه بل جعلهما أمرا خارجا مجاورا له . (5)

وقال الإمام الشافعي في الأم " في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (6) فليس البيع منهي عنه ولا أفسخ البيع

بحال لأن النهي عن البيع في ذلك الوقت لإتيان الصلاة لا أن البيع محرّم لنفسه ألا ترى أنه لو كان على الشخص صلاة و لم يبق من وقتها إلا ما يأتي بأقل ما يجزئه منها فبايع كان عاصيا بالتشاغل في البيع عن الصلاة حتى يذهب وقتها و لم تكن معصية التشاغل عنها تفسد بيعه . (7)

القول الثاني : ذهب المالكية (8) و الحنابلة (9) و أهل الظاهر (1) إلى أن البيع وقت النداء باطل ، قال المالكية : ولا مفهوم للبيع و الشراء بل يحرم كل ما يشغل السعي إليها في التولية و

1 (النووي ، المجموع ، ج2 ص 191 .
 2 (بيع المضامين : بيع ما في باطن الأشياء مما لا يمكن الاطلاع عليه أو ضبط صفاته . [معجم لغة الفقهاء ج 1 ص 114]
 3 (بيع الملاقيح : بيع ما في أرحام الإناث من الولد . [معجم لغة الفقهاء ج 1 ص 114]
 4 (ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج2 ص 134 . و السرخسي ، المبسوط ، ج6 ص 200 . - البزدوي ، أصول البزدوي ، ج1 ص 56 .
 5 (النووي ، المجموع ، ج12 ص 191 .
 6 (سورة الجمعة : آية 9 .
 7 (الشافعي ، الأم ، ج1 ص 334 .
 8 (أبي زيد القيرواني ، الفواكه الدواني ، ج3 ص 163 .
 9 (ابن بدران ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ج2 ص 314 .

الشركة و الهبة و الأخذ بالشفعة و الصدقة و الخياطة و الحصاد و الدراس و السفر في ذلك الوقت ، قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ

ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٢) كَلَمَّا حَرَّمَ الْبَيْعَ كَانَ تَحْرِيمٌ غَيْرُهُ مِنْ بَابٍ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَيْعَ مِنْ

الحاجات فإذا نهى عنه شمل غيره من المذكورات و يفسخ كل ما فيه معاوضة مالية كالبيع و التولية . وقالوا إنَّ البيع يفسد لأنَّ النهي مراعى فيه حق الله تعالى . (3)

وقال الحنابلة : أنَّ النهي إذا ورد عن السبب الذي يفيد حكماً يقتضى فساد المدخل سواء كان النهي عنه لعينه أو لغيره في العبادات أو في المعاملات وذلك كالنهي عن بيع الغرر وعن البيع وقت النداء . (4)

قال ابن حزم : ولا يحل البيع من أثر استواء الشمس ومن أول أخذها في الزوال والميل إلى أن تقضى صلاة الجمعة ، فإن كانت قرية قد منع أهلها الجمعة أو كان ساكناً بين الكفار ولا مسلم معه فإلى أن يصلى ظهر يومه ، أو يصلوا ذلك كله أو بعضهم ، فإن لم يصل فإلى أن يدخل أول وقت العصر ، ويفسخ البيع حينئذ أبداً إن وقع ، ولا يصححه خروج الوقت ، سواء كان التابع من مسلمين أو من مسلم وكافر ، أو من كافرين ، ولا يحرم حينئذ نكاح ، ولا إجارة ، ولا سلم ولا ما ليس ببيعاً . (5)

أرى رجحان ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من صحة البيع وقت النداء مع أنَّ فاعله أثم و ذلك لأنَّ للبيع حقيقة تمت بأركانها و شروطها ، و ليس هنالك تلازم بين البيع و الصلاة فلو انشغل الإنسان عن الصلاة بأي عمل أثم و لكن لا يعني أنَّ هذا العمل باطل ، فالحنابلة و الظاهرية طردوا أصلهم بأنَّ (النهي يقتضي الفساد مطلقاً) و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) ، و المالكية تناقضوا مع أنفسهم فهم يقولون بصحة الصلاة في الدار المغصوبة لأنَّ النهي لمعنى مجاور ، فلم يقولوا بصحة البيع وقت النداء !

أمَّا الحنفية و الشافعية فقد طردوا أصلهم أيضاً بأنَّ النهي إذا كان لمعنى مجاور لا يقتضي الفساد .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 5 ص 79 .

(2) سورة الجمعة : آية 9 .

(3) أبو زيد القيرواني ، الفواكه الدواني ، ج 3 ص 163 . و - محمد عبد الغني الباقني ، الوجيز الميسر في

أصول الفقه المالكي ، ط 3 ، 2005 م .

(4) عبد القادر بن بدران الدمشقي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج 1 ص 231 .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج 5 ص 79 .

المطلب الثاني

تطبيقات القاعدة في عقود التفويض و الإطلاع

المقصود بعقود التفويض والإطلاق هي التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل التفويض والإطلاق كعقد الوكالة والإيصاء والإذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمال التجارة (1)

المسألة الأولى : تطبيق القاعدة في عقد الوكالة .

الوكالة لغة : معناها التفويض ، يقال : وكّل أمره إلى فلان فوضه إليه و اكتفى به ، ومنه : توكلت على الله تعالى ، و وكيل الرجل أي الذي يقوم بأمره . (2)
و اصطلاحاً : تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حال حياته . (3)

وقد أجاز الإسلام الوكالة ؛ لأنّ الحاجة داعية إليها فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها فدعت الحاجة إليها ، لقوله تعالى: ﴿ فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾ (4)

فالوكالة ثابتة كما بيّنا . و نستطيع أن نرى تطبيق قاعدة المعدم على مسألتين من مسائل الوكالة :

الفرع الأول : التوكيل بمحرّم أو ما فيه معصية .

اتفق العلماء على حرمة توكيل مسلم لمسلم ببيع الخمر و الخنزير لأنه لا تصح مباشرته من المسلم ، فكما أنّ الأصل لا يستطيع المباشرة فكان الوكيل من باب أولى .
ولكنّهم اختلفوا في جواز أن يوكل المسلم الذمّي في بيع الخمر و الخنزير على قولين :
القول الأول : ذهب المالكية (5) و الشافعية (6) و الحنابلة إلى القول ببطلان هذه الوكالة و استدّلوا بقوله صلى الله عليه و سلم : "إنّ الله و رسوله حرّم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الأصنام ، فقيل يا رسول الله : أرايت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن و يدهن بها الجلود

1 (عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص 312 .

2 (ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ص 736 .

3 (الشربيني ، مغنى المحتاج ، ج 2 ص 217 .

4 (سورة النساء : آية 35 .

5 (الأبى الأزهرى ، الثمر الدانى ، ج 1 ص 463 .

6 (الشربيني ، مغنى المحتاج ، ج 2 ص 217 .

ويستصبح بها الناس ، فقال لا هو حرام ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم عند ذلك : " قاتل الله اليهود إنَّ الله لمّا حرّم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه " (1)

القول الثاني : ذهب الحنفية إلى القول بجواز توكيل الذمّي ببيع الخمر و الخنزير لأنها مال متقوّم في حقهم . (2)

الفرع الثاني : توكيل المحرم غيره بعقد النكاح :

قد تفقد الوكالة اعتبارها الشرعي إذا كان الموكّل ليس أهلاً لتحمل الوكالة ، فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون و لا المرأة و المحرم في النكاح ولا مغمى عليه و لا نائم في التصرفات إذ لا تصحّ مباشرتهم لذلك فإذا لم يقدر الأصل على تعاطي الشيء فنائبه أولى أن لا يقدر أمّا المرأة فإنها لا تزوّج نفسها فلا توكّل فيه ، و أمّا المحرم فللنهي عنه في صحيح مسلم (3) ، وصورة توكيله أن يوكل ليعقد له أو لموكلّيه حال الإحرام فإن وكله ليعقد له بعد التحلل أو أطلق صحّ ، لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن . (4)

القول الأول ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية إلى أن المحرم لا يجوز له النكاح ، و أنّ عقده باطل و لا يعقد نكاحاً لغيره لما صح أنه صلى الله عليه وسلم قال : " لا ينكح المحرم ولا ينكح ، ولا يخطب " . فإن وقع نكاحه أو إنكاحه فسخ أبداً قبل الدخول وبعده بطلاق على المشهور ولا يتأبّد التحريم . وإذا فسخ قبل الدخول فلا شيء لها . (5)

قال المالكية إلى أن نكاح المحرم أو إنكاحه لا ينعقد و يفسخ قبل الدخول و بعده (6) .

و أيد ابن حزم قول الجمهور بالمنع من النكاح و الإنكاح حال الزواج ، وقال : فإنّ نكاح المحرم و المحرمة فسخ لقوله صلى الله عليه وسلم : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد " (7) وردّ على الحنفية الذين يقولون بجواز نكاح المحرم و المحرمة بحديث ميمونة بأنها

1 (البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع ، باب بيع الميتة و الأصنام ، ج2 ص779 حديث رقم 2121.

2 (الكشميري ، العرف الشذّي شرح سنن الترمذي ، ج3 ص 79 .

3 (المقصود به الحديث الذي أخرجه الإمام مسلم في الصحيح أن عمر بن عبد الله أَرَأَيْتُمْ وَجَّ طَلْحَةَ بْنَ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جُفَيْرٍ أَرَأَيْتُمْ لَأَيَّانَ بْنِ عُثْمَانَ مَازِدَ ضُرْدٍ لِّلَّهِ هُوَ أَمِيرُ الْحَجِّ قَالَ بَارَكْتَ مَعَهُ مَا بَيْنَ عَقَانِ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا تَزْنِيَنَّكُمْ دَرَّةٌ وَلَا تَزْنِيَنَّكُمْ دَرَّةٌ» . كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ج4 ص 136 حديث 3512 .

4 (الشربيني ، مغني المحتاج ج2 ص 217 .

5 (الأبّي الأزهرّي ، الثمر الداني ، ج1 ص 463 .

6 (الإمام مالك ، الموطأ ، ج1 ص 348 .

7 (سبق تخريجه ص 19 حاشية رقم 1 .

تزوَّجت الرسول صلى الله عليه وسلم و هما متحللان ، و أنَّه لا يجوز أن نقول : لا ينكح لا يوطئ ، وتخصيص الخبر دون دليل لا يجوز .⁽¹⁾

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنَّه يجوز للمحرم والمحرمة بالحج أو العمرة أو بهما أن يتزوجا في حال الإحرام المراد بالتزوج هنا العقد ، وأن يوكلا غيرهما في ذلك .
لما روى أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم⁽²⁾ وما روى من قوله صلى الله عليه وسلم " لا ينكح المحرم ولا ينكح " محمول على الوطء أو الكراهة وقاسوها على البيع وقت النداء⁽³⁾ .

فمع أنَّ الوكالة بأصلها جائزة إلا أن الإحرام جعلها غير موجودة أي معدومة شرعا فلا يجوز للوكيل التصرف بما يمنع حتى الأصيل من التصرف به ، فإذا زوّج كان تزويجه باطلا و يفسخ العقد عند الجمهور على ما بيَّناه .

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة في عقود التأمينات و التوثيقات

1 (ابن حزم ، المحلّي ، ج 7 ص 198 .
2 (مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم و كراهة خطبته ، ج 4 ص 134 ، حديث رقم 3517 .
3 (عبد الغني الدمشقي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 1 ص 254 .

وعقود التوثيق أو التأمينات وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه من قبل مدينه ، و من هذه العقود : الكفالة و الحوالة و الرهن (1) .

و سنتناول في هذا المطلب تطبيقات القاعدة على الرهن ، كمثال على (أنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) .

اتفق العلماء على جواز الرهن و اتفقوا أيضا على أنّ ما يجوز بيعه يجوز رهنه ، ولكن حصل بينهم خلاف في جواز رهن الكلب بناء على اختلافهم في جواز بيعه ،

القول الأول : ذهب الشافعية⁽²⁾ و جمهور المالكية⁽³⁾ ، و هو المذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾ إلى المنع من بيع الكلب مطلقا ، و المنع من رهنه بناءً على ذلك ، و استدّلوا لما ذهبوا إليه بما روي أنّ النبي صلى الله عليه و سلم : " نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن " .⁽⁵⁾ و اختلفت الروايات عن الإمام مالك في جواز بيع الكلب ، هل هو الكلب الضاري ، أم ما أبيح اتخاذه من الكلاب أم أنّه إذا نذر معه حلوان الكاهن و مهر البغي ، و رجّح المالكية أنّ الكلب الذي أبيح اتخاذه يجوز بيعه ، و حملوا الحديث على الكلب الذي لا يجوز اتخاذه ، و الشافعية لم يفرقوا بين الضاري و غير الضاري ولا يحل عندهم ثمن كلب الصيد و لا كلب الماشية و لا كلب الزرع لنهي رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ثمن الكلب ، و ليس على من قتل كلب الصيد أو لغير صيد قيمة عندهم بحال من الأحوال ، و لما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم ، من حديث علي بن أبي طالب و ابن عباس و أبي مسعود الأنصاري و أبي جحيفة و رافع بن خديج رضي الله عنهم أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن ثمن الكلب .⁽⁶⁾

القول الثاني : ذهب الحنفية⁽⁷⁾ إلى جواز بيع كلب ، لأثّه مال منتفع فيه و أثّه مباح الانتفاع به على الإطلاق و قالوا : بأنّ النهي في الحديث للزجر عن اقتناء الكلاب الذي كان منتشرا قبل الإسلام و هو غير نجس العين ففي ذلك دلالة على حل الانتفاع .

ربط الإمام ابن القيم الجوزية بين قاعدة المعدوم شرعا و المعدوم حسا و مسألة النهي عن بيع الكلب قال : و عقد بعضهم فصلا لما يصح بيعه و بنا اختلافهم في بيع الكلب فقال : ما كانت منافع كلها محرّمة لم يجز بيعه إذا لا فرق بين المعدوم حسا و الممنوع شرعا و ما تنوعت منافعه إلى محللة و محرمة فإن كان المقصود من العين خاصّة كان الاعتبار لها و الحكم تابع

1 (عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، 312 .

2 (الغمراوي ، السراج الوهاج على متن المنهاج ج1 ص 181 .

3 (ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج6 ص 430 . و - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج1 ص 869 .

4 (ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 314 .

5 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الإجارة ، باب الطيب للجمعة ، ج5 ص 569 ، حديث رقم : 2282

6 (ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج1 ص 430 .

7 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ص 4 .

لها، فاعتبر نوعها باطل و صار كالمعدوم و إن توزعت في النوعين لم يصح البيع لأنّ ما يقابل ما حرّم منها أكل مال بالباطل ، و ما سواه من بقيّة الثمن يصير مجهولاً . وقال : وعلى هذا الأصل مسألة بيع كلب الصيد ، إذا بني الخلاف فيها على هذا الأصل ، واستثناء كلب الصيد في الأحاديث لا يصح و مثل هذه الآثار الساقطة المعلولة لا تقدم على الآثار التي رواها الأئمة الثقات ، و قال بعض الحفاظ في نقلها التواتر وقد ظهر لي أنه لم يصح عن صحابي خلافاً للبتّة . (1)

و أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من منع بيع الكلب و رهنه لقوّة الدليل ، و الارتباط بين قاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)، أنّ الكلب لا يعتبر مالاً للنهي الوارد فالمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ، و رهن المعدوم لغو لا قيمة له .
أمّا من يرى أن الكلب مال متقوّم شرعاً فإنه يجيز رهن الكلب على هذا الاعتبار .

المطلب الرابع

تطبيقات القاعدة في عقود الشركات

عقود الشركات هي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل و الربح ، و منها عقد المضاربة و المزارعة و المساقاة . (2)
وسنوضح في هذا المطلب تطبيقات قاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) على عقد المضاربة ، كمثال على عقود الشركات .

1 (ابن القيم ، زاد المعاد ، ج 5 ص 679 .

2 (عبد الكريم زيدان ، المدخل إلى الشريعة الإسلامية ، ص 313 .

تطبيقات القاعدة على عقد المضاربة أو القراض .

القراض اصطلاحاً هو : دفع جائز التصرف إلى مثله دراهم أو دنانير ليتجر فيها بجزء معلوم من الربح . (1)

و القراض و المضاربة : أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه و الربح مشترك ، و هو مشتق من القرض و هو القطع ، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ، و قطعة من الربح أو من المقارضة و أهل العراق (2) يسمونه المضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم في الربح و لما فيه غالباً من السفر و السفر يسمى ضرباً (3) ، و الأصل في عقد المضاربة الإجماع و القياس على المساقاة ثلها إنما جوّزت للحاجة من حيث أنّ مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها و لا يتفرغ له ، و من يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه و هذا المعنى موجود في القراض فكان الأولى ، و هو رخصة خارج عن قياس الأجارات كما خرجت المساقاة عن بيع مالم يخلق ، و الحوالة عن بيع الدين بالدين ، و العرايا عن المزابنة (4) و احتجّ له (5) بقوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضلاً مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (6) .

و القراض فيه غرر وهو أنّ عمل العامل غير مضبوط و الربح غير موثوق و هو عقد عُقد لينفسخ و مبنى القراض على ردّ رأس المال مع هذا فقد رخص بالقراض لأنّ هذا الغرر يسير و لمسيس حاجة الناس إليه فنقدّر الغرر بحكم المعدوم بشرط أن لا يجتمع معه غرر آخر فتفسد المضاربة ، لذا اشترط الفقهاء أن يكون رأس المال دراهم و دنانير فلا يجوز على حليّ ولا على تبر و لا عروض (7) لما ذكرنا من وجب عم اجتماع غررين ، الغرر الأول مغفوّ عنه (معدوم شرعاً) لأنه غرر يسير (8) عفي عنه الشارع أمّا إذا اجتمع معه غرر آخر بطل عقد القراض (9) .

1 (المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، التوقيف على مهمات التعاريف ، ج1 ص 577 ، تحقيق محمد رضوان الداية ، ط1 دار الفكر العربي ، بيروت ، دمشق ، 1410 هـ .

2 (انظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج4 ص 508 . و اللباب شرح الكتاب ، ج1 ص 198 .

3 (الشريبي ، مغني المحتاج ، ج2 ص 309 .

4 (المصدر السابق نفسه .

5 (الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ص 309 .

6 (سورة البقرة : آية 198 .

7 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6 ص 9

8 (الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا [الجرجاني ، التعريفات ج1 ص 208]

9 (المصدر السابق نفسه .

المبحث الثالث

تطبيقات قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا)

في الأحوال الشخصية

المطلب الأول

تطبيقات القاعدة في عقد الزواج

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في عقد الزواج على المعتدة .

العدة شرعا : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح و يقال : تربص المرأة مدة معلومة يعلم بها براءة رحمها عن فرقة حياة ، بطلاق أو فسخ أو لعان أو شبهة أو وضع ، أو تفجعا عن فرقة وفاة .⁽¹⁾ فالعدة اسم لمدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجّعها على زوجها ، شرعت صيانة للأنساب و تحصينا لها من الاختلاط و رعاية لحق الزوجين و الولد و النكاح الثاني و المغلّب فيها التعبد بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة⁽²⁾

لا يجوز للمرأة أن تتزوج في العدة ، و قد ذكر المالكية أن المعتدة لا يجوز لها الزواج و لو تزوجت في العدة ثم تزوجها آخر بعد خروجها من العدة قبل بناء الأول بها ، فالنكاح ثابت للثاني و الأول لغو ، و عللوا ذلك بقولهم بأنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا .⁽³⁾

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرُومُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يُلَاقِيَ الْكِتَابَ أَجَلُهُ ﴾⁽⁴⁾

وجاء في تفسيرها ما أورده ابن كثير ، قال :
يعني ولا تعقدوا العقد بالنكاح حتى تنقضي العدة وقد أجمع العلماء على أنه لا يصح العقد في العدة .⁽⁵⁾

ومن خلال اطلاعي على هذه المسألة تبين لي أنّ الفقهاء يعتبرون من تزوج امرأة في عدتها عالما بالتحريم في حكم الزاني ، أمّا إذا كان غير عالم بالتحريم فيرتبون بعض الآثار على هذا العقد ، كالعدة من الثاني ، و هنالك قول آخر بعدم ترتب أي أثر ، علم بالتحريم أو لم يعلم من حيث العدة و النفقة و نستعرض بعضا من هذه الأقوال :

قال الحنفية إنّ المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوجت في العدة و وجد الدخول و فرق بينهما و وجبت العدة منهما و لا نفقة على الزوج الثاني لفساد نكاحه و هي على الأول .⁽⁶⁾
فالحنفية لم يوجبوا النفقة على الزوج الثاني الذي تزوّج المرأة في عدتها و أوجبوها على الزوج الأول لأنهم جعلوا النكاح الثاني في حكم المعدوم و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا) .
قال صاحب المغني فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا كانا عالمين بالتحريم فهما زانيان ، و يجب الحد و لا يلحق به البتة .⁽⁷⁾

1 (المناوي ، التعاريف ، ج5 ص 506

2 (الشرييني ، مغنى المحتاج ، ج3 ص 383 .

3 (سيدي خليل ، مواهب الجليل ، ج5 ص 37 .

4 (سورة البقرة : آية 235 .

5 (ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج1 ص 385 .

6 (ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج4 ص 338 .

7 (ابن قدامة ، المغني ، ج7 ص 342

قال ابن حزم : و لا تخلوا الناكحة في عدتها بأن تكون عالمة بأن ذلك لا يحل أو تكون جاهلة بأن ذلك محرّم أو غلطت في العدة ، فإن كانت جاهلة أو غلطت فلا شيء عليها لأنها لم تعد الحرام و القول قولها في الغلط على كل حال ، فإن كانت عالمة بأن ذلك لم يحل و لم تغلط فهي زانية و عليها الرجم .

وكذا حكم ابن حزم بأنّ العقد على المعتدة حال عدتها فاسد و لا يحل لأحد أن يخطب امرأة معتدة من طلاق أو وفاة فإن تزوجها قبل تمام العدة فسخ أبدا دخل بها أو لم يدخل ، طالبت مدّته معها أو لم تطل ، و لا توارث بينهما ولا نفقة عليه و لا صداق و لا مهر لها .⁽¹⁾
جاء في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنّ مجرد الخلوة و لو صحيحة في العقد الفاسد لا تجب العدة ، و إنما تجب العدة في العقد الفاسد بعد الدخول ، إذا وقع الدخول و الزوج غير عالم بالحرمة ، أمّا إذا دخل بها علما بالحرمة بأن تزوجها وهي معتدة للغير فلا عدة عليها لأنّ وقاعه بها زنا ، و ماء الزنا لا حرمة له .⁽²⁾

و يتضح أنّ العلماء متفقون أنّ من تزوّج المرأة في عدتها مع العلم بالتحريم ، نكاحه باطل و لا ينتج آثاره المترتبة على العقد الصحيح ، فهو كالمعدوم شرعا ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

ولكنّ الجمهور رتبوا بعض الآثار إذا كانا جاهلين بالتحريم و احتجوا بما روي عن مسروق قال بلغ عمر رضي الله عنه ، أنّ امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف في عدتها فأرسل إليهما ففرق بينهما و عاقبهما و قال لا ينكحها أبدا ، و جعل الصداق في بيت المال و فشا ذلك بين الناس ، فبلغ عليّا رضي الله عنه فقال : رحم الله أمير المؤمنين ما بال الصداق و بيت المال ؟ إنهما جهلا فينبغي للإمام أن يردّهما إلى السنة .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 11 ص 248 .
(2) د. أحمد سالم ملحم ، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 210 ، ط 1 ، المطابع العسكرية 1998 عمان .

قيل : فما تقول أنت ؟ قال: لها الصداق بما استحل من فرجها و يفرّق بينهما و لا جلد عليهما و تكمل عدّتها من الأول ثم تكمل العدة من الآخر . فبلغ ذلك عمر ، فقال : يا أيها الناس ردوا الجهات إلى السنة .⁽¹⁾

فالعلماء رتبوا بعض الآثار كالمهر للجاهل بالتحريم ، و درءوا الحد ولكن لم تترتب الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، كما أنّ العالم بالتحريم جعل زواجه بالمعتدة في حكم الزنا ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسداً .

المسألة الثانية : زواج المحرم .

نهى النبي صلى الله عليه و سلم المحرم أن يتزوَّج حال إحرامه فقال صلى الله عليه و سلم :
"لَا يَزْنِيَنَّكَ حُرٌّ هُمْ لَا يَزْنِيَنَّكَ يَلَاذُ طُبُّ" .⁽²⁾

و اختلف العلماء في حكم زواج المحرم هل هو كالمعدوم شرعا أي لا تترتب عليه آثاره الشرعية للنهي الورد في ذلك ، أم أنّه صحيح ؟ على قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة أن نكاح المحرم باطل و يجب التفريق بينهما⁽³⁾ .

وقال الشافعية بالتفرقة بينهما بدون طلاق لعدم اعتبارهم هذا النكاح نكاح شرعي ، فإذا تزوّج المحرم فنكاحه باطل و يفرق بينهما تفرقة الأبدان بغير طلاق .⁽¹⁾

1 (الجصاص ، أحكام القرآن ، ج2 ص 133 . و لم أجد هذا الأثر في كتب تخريج الحديث .
2 (مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ج4 ص 136 حديث 3512
3 (- الإمام مالك ، الموطأ ص 185 . النووي ، المجموع ، ج7 ص 287 ، - ابن قدامة ، المغني ج3 ص 313 . - الإمام مالك ، الموطأ ص 185

القول الثاني : قال الحنفية بجواز نكاح المحرم كما ذكر ذلك الإمام السرخسي فقال :

يجوز للمحرم أن يتزوج وأن يزوج وليته ، ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما : "أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة رضي الله عنها وهو محرم" (2) وهكذا روى عن عائشة رضي الله عنها واختلف الروايات في حديث أبي رافع قال في بعض الروايات تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حلال وفي بعضها تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال وكنت أنا السفير فيما بينهما ويتبين بهذا الحديث أن المراد من حديث عثمان رضي الله عنه الوطء دون العقد فإنه للوطء حقيقة وإن كان مستعاراً للعقد مجازاً .

ومن حيث المعنى الكلام واضح في المسألة فإن النكاح عقد معاوضة والمحرم غير ممنوع عن مباشرة المعاوضات كالشراء ونحوه ولو جعل عقد النكاح بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطء لكان تأثيره في إيجاب الجزاء أو إفساد الإحرام به لا في بطلان عقد النكاح توضيحه إن بعد الإحرام يبقى النكاح بينه وبين امرأته صحيحاً ولو كان عقد الإحرام ينافي ابتداء النكاح لكان منافياً للبقاء كتمجسها والحرمة بسبب الرضاع ولما لم يناف بقاء النكاح فكذلك الابتداء وبهذا فارق شراء الصيد أيضاً لأن الإحرام يمنع استدامة اليد على الصيد فيمنع إثبات اليد بالشراء ابتداء بخلاف النكاح والدليل عليه أنه لو راجعها وهو محرم كان صحيحاً بالاتفاق . (3)

فالجمهور يحملون النهي في الحديث أنه يقتضي البطلان والحنفية قالوا : بأنّ النهي إنما هو عن الوطء وليس عن إنشاء العقد ، أو أن النهي للكرهية فقالوا بصحة نكاح المحرم وذهب الجمهور إلى أنه باطل و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) .

فمنشأ الاختلاف بينهم في مقتضى النهي في قول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ينكح المحرم و لا يُنكح " قال الجمهور هنا أنّ النهي يقتضي الفساد مستدلين بالنهي في هذا الحديث و قال الحنفية : بأنّ زواج الموم و المحرمة صحيح لأنّ النهي لم يتوجه إلى النكاح بمعنى عقد الزواج و إنما بمعنى الوطء و اتسلوا بأنّ النبي صلى الله عليه وسلم ، تزوّج ميمونة و كان في حال الإحرام .

و أرى رجحان قول الجمهور ؛ لأنّ المحرم في عبادة خالصة لوجه الله و هو متلبس بهذه للعبادة ، و لأنّ ما رواه ابن عباس رضي الله عنه من أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة و هو محرم يعارض بما روي عن ميمونة رضي الله عنها أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم نكحها و هو مُحل .

1 (الشافعي ، الأم ، ج 5 ص 84 .

2 (متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحج ، باب تزويج المحرم ، ج 4 ص 478 ، 1837 . و

مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم و كراهة خطبته ، ج 4 ص 137 حديث رقم 3517 .

3 (السرخسي ، المبسوط ، ج 4 ص 191 .

فالجمهور حملوا النهي في الحديث السابق بأذنه يقتضي البطلان و أن عقد المحرم معدوم شرعا فو كالمعدوم حسا ، و الحنفية حملوا الحديث على الكراهة و أن النهي لا يقتضي الفساد .

المسألة الثالثة : نكاح المحلل و المحلل له .

نهى النبي صلى الله عليه و سلم ، عن نكاح المحلل فقال صلى الله عليه و سلم : " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ " قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : " هو المحلل ⁽¹⁾ ، فلعن الله المحلل ، والمحلل له " ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لعن الله المحلل ، والمحلل له " قال الإمام الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ⁽²⁾

اتفق العلماء على أن المحلل آثم و كذا المحلل له لورود اللعن في الحديث ، و لكنهم اختلفوا هل ينعقد نكاح المحلل أم أنه باطل لا يثبت حل النكاح للأول على الأقوال الآتية :
القول الأول : ذهب أبو حنيفة إلى أنها تحل للأول ⁽³⁾ .

القول الثاني : ذهب مالك و الشافعي و الحنابلة و الظاهرية بأن نكاح المحلل فاسد تثبت له أحكام العقود الفاسدة و لا يترتب عليه حلّها للأول ، فالمعدوم شرعا كالمعدوم حسا و النهي يقتضي الفساد .

1 (المُحَلُّ أَوَّلُ مُحْدَلٍّ : الذي يتزوج المطلقة ثلاثا بقصد الطلاق حتى تحل لزوجها الأول
2 (الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، کتاب الطلاق ، ج 6 ص 424 و 2755 .
3 (السرخسي ، المبسوط ج 6 ص 10 . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 3 ص 188 . و - ابن نجيم البحر الرائق ج 4 ص 97 .

وقال المالكية إذا عثر على هذا النكاح فسخ قبل البناء و بعده ، و عبارة بعضهم يفرّق بينهم بتطبيقه بائن و لها صدق المثل ، فإذا تزوجها الأول من هذا النكاح فسخ بغير طلاق و يعاقب كل من عمل زواج المحلل من زوج و وليّ و شهود .⁽¹⁾

و ذهب أبو يوسف من الحنفية بأنّ نكاح المحلل لا يثبت حلّ النكاح للأول ، لأنه استعمال لما هو مؤخر شرعا ، فيعاقب بالحرمان ، كمن قتل مورثه يحرم من الميراث ، و كذلك قال محمد .

وجاء في الشرح الكبير : ونكاح المحلل فاسد تثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فإنه لا يحصل به الإحصان و لا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، قيل :سمّاه النبيّ صلى الله عليه و سلم محلا و محلا له ، و لو لم يحصل به الحل لم يكن محلا ولا محلا له . قلنا : سمّاه محلا لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل .⁽²⁾

فنكاح التحليل اعتبر بمنزلة المعدوم من حيث حلّها للزوج الأول ، لأنّ هذا النكاح فيه معصية فهو كالمعدوم شرعا .

قال الشوكاني في تفسير قول الله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽³⁾ ولا بدّ أن يكون ذلك

نكاحا شرعيا مقصودا لذاته ، لا نكاحا غير مقصود لذاته ، بل حيلة للتحليل و ذريعة لردّها إلى الزوج الأول فإنّ ذلك حرام للأدلة الواردة في ذمّه و ذمّ فاعله و أنّه التيسر المستعار الذي لعنه الله و لعن من اتخذه لذلك .

وذهب سفيان الثوري إلى أنّ من تزوّج امرأة بقصد التحليل للزوج الأول ثم أعجبته فإنه لا بدّ له أن يجدد نكاحا جديدا إن أراد أن يمسكها لأنّ النكاح الأول له .⁽⁴⁾

و قال مالك إذا نوى الزوج الثاني أن يتزوَّجها ليحلّها للأول فهو نكاح فاسد مفسوخ ، و لها عليه مهر المثل الذي سمّي بها و لا تحل بوطنه للأول⁽⁵⁾

ومنشأ الخلاف بينهم هو الاختلاف في النهي المستفاد من قوله صلى الله عليه و سلم : " لعن الله المحلل و المحلل له " ⁽⁶⁾

1 () الأبي الأزهري ، الثمر الداني ، ص 461 .

2 () ابن قدامة ، الشرح الكبير ، ج 7 ص 532 .

3 () سورة البقرة ، آية 230 .

4 () الشوكاني ، فتح القدير ، ج 1 ص 363 .

5 () ابن حزم ، المحلّى ، ج 1 ص 182 . و - الأبي الأزهري ، الثمر الداني ، ص 461

6 () سبق تخريجه في الصفحة السابقة .

فالجمهور حملوا النهي على الفساد و قالوا أن زاج التحليل باطل و أنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، أمّ الحنفية فقد قالوا بصحة هذا الزواج و لم يقولوا ببطلانه .

و أرى أنّ هذا الزواج يقتضي البطلان لأنّ اللعن في الحديث يدل على فساد المنهي عنه و لأنّ الزواج في الإسلام له غايات نبيلة و أهداف شريفة و لو قلنا بحل زواج المحلل و المحلل له لأصبح هذا الزواج ألعبوبة بيد الناس ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ (1)

وبما روي أنه جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له من غير مؤامرة منه ليحلها لأخيه ، هل تحل للأول ؟ قال لا إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . (2)

ثم إنّ زواج المحلل زواج مؤقت اتفق الحنفية مع الجمهور على القول ببطلانه . (3)

المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على زواج الشغار .

زواج الشغار هو نكاح معروف في الجاهلية كان يقول الرجل للرجل ثاغرني : أي آخرتوك لهنني نكاح أو من تلي أمرها حتى أزوّجك أختي أو برزتي أو من ألى أمرها ولا يكون بينهما مهر ويكون بضعة كل واحدة منهما في مقابلة بضعة الأخرى فليل له شغار لارتفاع المهر من بينهما فالكاتب إذا رفع إحدى رجليه ليأبى (4)

وقد ثبت تحريم نكاح الشغار لما روى عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار " . (5)

و اتفق علماء المسلمين على أنّ زواج الشغار محرّم ، و لكنهم اختلفوا في مقتضى النهي ، هل يقتضي الفساد مطلقا أو لا يقتضي ما لم يكن لذاته أو لوصفه اللازم ، على الأقوال التالية :

- 1 (سورة البقرة : آية 231 .
- 2 (البيهقي ، أحمد بن حسين بن علي (ت458هـ) السنن الكبرى ، ج7 ص 208 ، دار الفكر بيروت .
- 3 (الكاساني ، أبو بكر (ت587هـ) بدائع الصنائع ، ج2 ص 273 ، ط1 ، 1409 ، المكتبة الحبيبية - باكستان .
- 4 (ابن الأثير ، النهاية في غريب الأثر ، ج 2 / ص 482 .
- 5 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب النكاح ، باب الشغار ج5 ص 1966 ، رقم الحديث 4822 .

القول الأول : قال أبو حنيفة وأصحابه⁽¹⁾ إذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان و لكل واحدة مهر مثلها . وذلك بناءً على أصلهم أنّ النهي ليس لذات العقد و إنما لوصفه فهو صحيح بأصله و فاسد بوصفه و فساد المهر لا يستلزم فساد العقد و على هذا الأساس زواج الشغار عندهم صحيح سواء ذكر فيه المهر أو لا .

القول الثاني : ذهب الحنابلة⁽²⁾ و الظاهرية⁽³⁾ إلى القول بفساد زواج الشغار مطلقاً بناءً على أصلهم القائل بأنّ النهي يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لعينه أم لوصفه اللازم أم لخارج غير لازم . قالت الجعفرية و الزيدية ببطلان زواج الشغار .⁽⁴⁾

قال ابن قدامة :

وإذا زوج وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقاً أيضاً ، هذا النكاح يسمى الشغار فقل إنما سمي شغارا لقبه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القبح يقال شغل الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما تريد ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزياد ابن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك و الشافعي وحكي عن عطاء و عمرو بن دينار و مكحول و الزهري و الثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا ما روى ابن عمر " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار " متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم .

وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام " ⁽⁵⁾ ولأنه جعل كل واحد من العقدین سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي وقولهم أن فساده من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لأنه شرط تملك البضع لغير الزوج فإنه جعل

1 (شمس الدين السرخسي (ت483هـ) ، المبسوط ، ج5 ص 105 . ط 1406 هـ . دار المعرفة بيروت .
2 (ابن قدامة ، المغني ، ج7 ص 576 .
3 (ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 513 .
4 (أحمد المرتضى ، (ت840هـ) ، شرح الأزهاري ، ج2 ص 237 ، غمضان ، صنعاء 1400هـ .
5 (الترمذي ، السنن ، كتاب النكاح ، باب النهي عن نكاح الشغار ، ج3 ص 431 ، حديث رقم 1123 و صححه الألباني .

تزوجيه إياها مهرًا للأخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك .⁽¹⁾
وقال ابن حزم :

ولا يحل نكاح الشغار وهو أن يتزوج هذا ولية هذا على أن يزوجه الآخر وليته أيضا سواء ذكرا في كل ذلك صداقا لكل واحدة منهما أو لإحدهما دون الأخرى أو لم يذكر في شيء من ذلك صداقا كل ذلك سواء يفسخ أبدا ولا نفقة فيه ولا ميراث ولا صداق ولا شيء من أحكام الزوجية ولا عدة ، فإن كان عالما فعليه الحد كاملا ولا يلحق به الولد وإن كان جاهلا فلا حد عليه والولد له لاحق وإن كانت هي عالمة بتحريم ذلك فعليها الحد وإن كانت جاهلة فلا شيء عليها .⁽²⁾

وقالت الإمامية : ولا يجوز نكاح الشغار - وهو : أن يعقد الرجل لغيره على ابنته ، ويجعل مهرها نكاحه لابنته أو اخته - وهذا نكاح كانت الجاهلية تراه ، وتعمل عليه . وهو باطل في شريعة الإسلام .⁽³⁾

القول الثالث : المشهور من مذهب مالك هو القول بفساد الشغار ، سواء ذكر الصداق أم لا وفي ذلك يتفقون مع الظاهرية و الحنابلة و لكنهم يختلفون معهم في أنّ الفسخ يكون بالطلاق بناءً على أصلهم القاضي بأنّ كل زواج فاسد مختلف فيه يجب أن ينتهي بالطلاق بخلاف الفاسد المتفق عليه ، وفي أنه تثبت به المصاهرة و النسب و الإرث إذا مات أحدهما قبل الفسخ باعتبار أنّ الفاسخ المختلف فيه حكمه حكم الصحيح في هذه الأحكام .⁽⁴⁾

القول الرابع : قال الشافعية : زواج الشغار فاسد ، يفسخ إذا لم يسم فيه مهر فإن سميا لكل واحدة منهما مهرًا أو لأحدهما دون الأخرى ثبت النكاحان معا و بطل المهر الذي سمياه ، و كان لكل واحدة منهما مهر مثلها إن مات أو وطئها و نصف مهر المثل إن طلقها قبل الدخول .⁽⁵⁾

1 (عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ) ، المغنى ، ج7 ص 576 ، ط1 ، 1405 هـ دار الفكر - بيروت .

2 (علي بن أحمد أبو محمد المشهور بابن حزم الأندلسي (ت456هـ) المحلى ، ج9 ص 513 ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار الفكر بيروت .

3 (المفيد (ت413هـ) المقنعة ، ص508 ، تحقيق جامعة المدرسين قم ، 1410 هـ .

4 (محمد بن عرفة الدسوقي (ت1230هـ) ، حاشية الدسوقي ج2 ص 239 ، دار إحياء الكتب العربية - بيروت .

5 (محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) المجموع ، ج16 ص 245 . دار الفكر بيروت .

المطلب الثاني

تطبيقات القاعدة في الطلاق

الطلاق لغة : مشتق من الإطلاق وهو الإرسال و الترك وفيه قولهم : طلقت البلدة أي تركتها⁽¹⁾ و اصطلاحاً : هو اسم لحل عقد النكاح⁽²⁾ .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على الطلاق في الحيض .

نهى الشارع عن إيقاع الطلاق في الحيض ، فهل هذا النهي يقتضي الفساد و البطلان ، و هل المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً أم لا ؟

فإذا قلنا أن النهي يقتضي الفساد فيجب أن نقول أن هذا الطلاق لا يقع ، و الجمهور أن النهي هنا لا يقتضي الفساد بل هو لحكمة و رفقا بالمرأة حتى لا تطول العدة على المرأة إذا طلقها و هي حائض ، لأن بقية الحيض لا يحسب من العدة وفيه إضرار بها .⁽³⁾ و اختلفوا في وقوع الطلاق و عدمه على قولين :

القول الأول : ذهب و ابن تيمية⁽⁴⁾ و ابن القيم الجوزية⁽⁵⁾ و الظاهرية⁽⁶⁾ و الإمامية و ابن علية⁽⁷⁾ أن الطلاق في الحيض لا يقع و ادّعى الإمامية أنهم انفردوا هم و ابن علية بالقول

(1) الفراهيدي ، العين ، ص 101 .

(2) الحصني ، كفاية الأخير ، 517 .

(3) المصدر السابق نفسه

(4) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 3 ص 262

(5) ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج 5 ص 166 - 168 .

(6) ابن حزم ، المحلى ، ج 1 ص 161 .

(7) ابن علية (110 - 193 هـ) هو إسماعيل بن إبراهيم مقسم ، أبو بشر الأسدي المعروف بابن علية (وعية وعية هي أمه) . كوفي الأصل كان حافظاً فقيهاً كبير القدر ثبتاً في الحديث حجة . [ملاحق تراجم الفقهاء الموسوعة الفقهية ج 2 ص 8]

بذلك⁽¹⁾ و استدلو بما ذهبوا إليه ، بقولهم : لا خلاف أنّ الطلاق في الحيض بدعة و معصية و إن اختلف في وقوعه لأنّ الله تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ

وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ﴾⁽²⁾ و فسّدوا ذلك بالطهر الذي لا جماع فيه و إذا ثبت أنّ الطلاق معصية في

الحيض و بدعة و مخالف لما أمر الله بإيقاع الطلاق عليه ، ثبت أنه لا يقع لأنّ النهي بالعرف الشرعي يقتضي الفساد و عدم الإجزاء و الطلاق حكم شرعي بغير شبهة و لا سبيل إلى إثبات الأحكام الشرعية إلا بأدلة شرعية و قد ثبت الإجماع أنه إذا طلق في طهر مع باقي الشرائط وقعت الفرقة و لم يثبت مثل ذلك في طلاق الحيض فيجب نفي وقوعه .

وقالوا نورد على سبيل المعارضة أنّ ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته في الحيض ، فسأل عمر رضي الله عنه النبيّ صلى الله عليه و سلم عن ذلك فردّها عليه ولم يرى شيئاً و هذا صريح في عدم وقوعه و تأثيره .

و أجابوا بأنّ قوله صلى الله عليه و سلم لعمر : " مُرّه فليراجعها " ⁽³⁾ ، بأنّه ليس من المقصود منها رجعة الطلاق بل ترجع إلى منزلها أن يردّها و لا يفارقها لأنّ ابن عمر فارقها و اعترلها لمّا طلقها في الحيض ⁽⁴⁾ .

وذكر ابن القيم ما يستدل به على عدم وقوع الطلاق في الحيض ، فقال : قال المانعون من وقوع الطلاق المحرّم لا يزال النكاح المتيقن إلا بيقين مثله من كتاب أو سنة أو إجماع متيقن ، فإذا أوجدتمونا واحدا من هذه الثلاثة ، رفعنا حكم النكاح به و لا سبيل إلى رفعه بغير ذلك قالوا : و كيف الأدلة المتكاثرة على عدم وقوعه فإنّ هذا طلاق لم يشرعه الله تعالى البتّة و لا أدن فيهو ليس من شرعه فكيف يقال بنفوذه و صحته ... فالشارع قد حجر على الزوج أن يطلق حال الحيض أو بعد الوطء في الطهر فإن صح طلاقه لم يكن لحجر الشارع معنى و كان حجر القاضي على منعه التصرف أقوى من حر الشارع حيث يبطل التصرف بحجره ، و بهذا أبطلنا البيع وقت النداء يوم الجمعة لأنه بيع حجر الشارع على بئعه هذا الوقت فلا يجوز تنفيذه و تصحيحه و لأنه طلاق محرم منهي عنه فالنهي يقتضي فساد المنهي عنه فلو صححناه لكن لا فرق بين المنهي عنه و المأذون فيه من جهة الصحة و الفساد و الشارع إنما نهى عنه و حرّمه لأنه يبيغضه و لا يحب وقوعه بل وقوعه مكروه إليه فحرّمه لكي لأن لا يقع ما يبيغضه و يكرهه

1 (الشريف المرتضى ، الانتصار ، 306 .

2 (سورة الطلاق : آية 1

3 (مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ج2 ص 1093 .

4 (الشريف المرتضى ، الانتصار ، 306 ..

، و في تصحيحه و تنفيذه ضد هذا المقصود ، و إذا كان النكاح المنهي عنه لا يصح لأجل النهي فما الفرق بينه و بين الطلاق ؟ و كيف أبطلتم ما نهى الله عه من النكاح و صححت ما حرمه و نهى عنه من الطلاق ؟ و النهي يقتضي البطلان في الموضعين ! و يكفينا من هذا حكم رسول الله صلى الله عليه و سلم العام الذي لا تخصيص فيه برد ما خالف أمره و إبطاله و إلغائه ، كما في الصحيح من حديث عائشة : " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد " و هذا صريح في أن الطلاق المحرم الذي ليس عليه أمره صلى الله عليه و سلم ، مردود باطل . فكيف يقال : إنه صحيح لازم نافذ ، فأين هذا من الحكم برده ؟! (1)

القول الثاني : ذهب الجمهور ، من الحنفية (2) و المالكية (3) و الشافعية (4) و الحنابلة (5) إلى القول بوقوع الطلاق في الحيض و استدلل الجمهور الذين قالوا بوقوع الطلاق في الحيض بالأدلة الآتية :

حديث الصحيحين أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، عن ذلك رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فقال : " مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك و إن شاء ليطلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء (6) .

فقال النووي : ورد هذا الحديث في روايات في الصحيحين منها : (فحسبت من طلاقها) و في رواية البخاري (فحسبت بتطليقة) و استدلل الجمهور بقوله صلى الله عليه و سلم : (هي واحدة) . (7)

و علّق ابن حجر على قوله هي واحدة بقوله : قال بن أبي ذئب في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وهي واحدة قال بن أبي ذئب وحدثني حنظلة بن أبي سفيان أنه سمع سالما يحدث عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وأخرجه الدارقطني من طريق يزيد بن هارون عن بن أبي ذئب وبن إسحاق جميعا عن نافع عن بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال هي واحدة وهذا نص في موضع الخلاف فيجب المصير إليه وقد أورده بعض العلماء على ابن حزم فأجابه بأن قوله هي واحدة لعله ليس من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فالزمه بأنه نقض أصله

(1) ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج 5 ص 166 - 168 .

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 5 ص 21 .

(3) ابن عبد البر ، التمهيد ، ج 15 ص 58 .

(4) النووي ، المجموع ج 17 ص 76 .

(5) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج 8 ص 239 .

(6) البخاري ، الجامع الصحيح ، كِتَابُ الطَّلَاق . ق. بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ

وَأَخْضُوا الْعِدَّةَ﴾ ج 13 ص 243 حديث 5251 .

(7) النووي ، المجموع ، ج 17 ص 76 .

لأن الأصل لا يدفع بالاحتمال وعند الدارقطني في رواية شعبة عن أنس بن سيرين عن بن عمر في القصة فقال عمر يا رسول الله افتحتسب بتلك التطليقة قال نعم ورجاله إلى شعبة ثقات وعنده من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن رجلاً قال إني طلقت امرأتي البتة وهي حائض فقال عصيت ربك وفارقت امرأتك قال فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بن عمر أن يراجع امرأته قال إنه أمر ابن عمر أن يراجعها بطلاق بقي له وأنت لم تبق ما ترتجع به امرأتك وفي هذا السياق رد على من حمل الرجعة في قصة بن عمر على المعنى اللغوي . (1)

وقال الجمهور :إنّ الرجعة لا تكون إلا بعد طلاق في قوله صلى الله عليه وسلم : (مره فليراجعها) . (2)

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور القائلين بوقوع الطلاق ، لأنّ معنى التحريم معقول وهو تطويل للعدّة على المرأة ، فالنهي ليس لذات المنهي عنه فهو لا يقتضي الفساد وقد طرّد الجمهور أصلهم في ذلك بينما الحنابلة كان الأصل بهم أن يقولوا بعدم وقوع الطلاق لورود النهي و لقولهم بأنّ النهي يقتضي الفساد مطلقاً ، و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) ، و تماشي الظاهرية مع قاعدتهم و قالوا بعدم وقوع الطلاق لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً و النهي يقتضي الفساد مطلقاً .

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على الطلاق المقترن بالعضل .

نهى الإسلام الزوج أن يرغم زوجته على التنازل عن شيء من حقها سواء في المهر أو المؤجل أو النفقة أو العدّة و ذلك بأن يسيء معاملتها حتى تتنازل عن حقوقها (3) و قد قال الله سبحانه و تعالى مبيناً حرمة أن يأخذ الرجل شيئاً من حقوق زوجته بقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَتْكُمْ نِسَاؤُكُمْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا

1 (ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 9 ص 353 .

2 (النووي ، المجموع ، ج 17 ص 76 .

3 (القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 3 ص 120 .

أَقَدَّتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿١﴾ و قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ

أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴾ (2)

لكنهم اختلفوا في وقوع الطلاق إذا تم في ظل هذه الظروف على عوض تلتزم به الزوجة للزوج كالتنازل عن حقوقها أو دفع عوض مقابل الطلاق ، و منشأ الخلاف هو الاختلاف في مقتضى النهي الوارد في هذه النصوص القرآنية الكريمة ، هل يقتضي فساد العوض و الطلاق معا أو يقتضي فساد العوض فقط أو لا يقتضي فساد أي منهما لأنه ليس لذات الشيء و لا لوصفه اللزوم و إنما لخارج غير اللزوم و هو إلحاق الضرر و الأذى بالزوجة ؟

القول الأول : قال الحنفية (3) : التصرف مكروه و الطلاق واقع ولا يخل له أن يأخذ منها شيئاً ديانة فإن فعل ذلك جاز في القضاء بناءً على أن النهي ليس للذات بل لأمر خارج عنه وهو إلحاق الأذى بالزوجة .

القول الثاني : وقالت المالكية (4) و الشافعية (5) : يقع الطلاق و لا يستحق الزوج العوض بناءً على أن النهي يفسد العوض دون الطلاق .

القول الثالث : قال الحنابلة (6) و الظاهرية (7) : يبطل الخلع ولا يقع الطلاق ، و بالتالي لا تلتزم الزوجة بشيء فإن دفعت للزوج مالا فعليه ردّه إليها و إن تنازلت عن حق فالتنازل باطل والحق باق و ذلك لأنّ النهي الوارد في القرآن الكريم يقتضي فساد المنهي عنه من الطلاق والعوض معا .

قال ابن قدامة في المغني : فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتقتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود روي ذلك عن ابن عباس و عطاء و مجاهد و الشعبي و النخعي و القاسم بن محمد و عروه و عمرو بن شعيب و حميد بن عبد الرحمن و الزهري و ... الخلع طلاق وقع الطلاق بغير

1 (البقرة : الآية 229

2 (النساء: الآية 20

3 (الجصاص ، أحمد بن علي الرازي (ت370هـ) ، أحكام القرآن ، ج2 ص91 فما بعدها ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405 . و انظر أيضا - الكاساني ، بدائع الصنائع ج3 ص 150 .

4 (ابن رشد الحفيد (ت595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقاصد ، ج2 ص 55-56 ، تحقيق خالد العطار 1415 هـ ، دار الفكر - بيروت .

5 (النووي ، المجموع ، ج17 ، ص 13 ، دار الفكر .

6 (ابن قدامة ، المغني ، ج8 ص 179 .

7 (ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص 235 .

عوض فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة وإن قلنا هو فسخ ولم ينوبه الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى إنما رضي بالفسخ وهنا بالعوض فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض .⁽¹⁾ قال الجعفرية : إنّ هذا العضل محذور ، فإذا أكرهها بغير حق لتفتدي نفسها منه ، فإن هذا خلع باطل ، والعوض مردود والطلاق واقع والرجعة باقية .⁽²⁾ وقال ابن حزم : الخلع وهو الاقتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما ، ولا يحل الاقتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين ، أو باجتماعهما ، فإن وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ، ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها فقط .⁽³⁾

أرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور بالقول بوقوع الطلاق وأن الزوج لا يستحق العوض بناءً على أنّ النهي يفسد العوض دون الطلاق و النهي يقتضي الفساد و المنهي عنه هو العضل أمّا الطلاق فقد وقع و ينبغي القول بنفوذه وطبق الحنابلة و الظاهرية قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا و قالوا أنّ هذا الطلاق المقترن بالعضل في حكم المعدوم ، و لا تترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على الطلاق .

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة في المواريث

-
- 1 (ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج8 ص 179 .
 - 2 (الشيخ الطوسي (460هـ) ، المبسوط ، ج4 ص 343 ، تحقيق الطاهر البهودي ، ط1387 هـ ، المكتبة المرتضوية .
 - 3 (ابن حزم ، المحلى ، ج10 ص 235 .

لقد حدد الله سبحانه و تعالى الوارثين و حصصهم من الميراث و بين الموانع التي تمنع من الميراث و كل ما يتعلق بالمواريث من الأحكام ، و سأقوم في هذا المبحث ببيان تطبيقات قاعدة المعدوم على بعد مباحث الميراث .

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في عدم التوارث بين المسلم و الكافر .

فعند اختلاف الدين يمتنع الميراث مع قيام الزوجية التي هي سبب للميراث ، فعندما تكون الزوجة غير مسلمة فلا توارث بينهما وبين زوجها المسلم مع وجود الزوجية حسا ، و مع أن لها حق النفقة و الطلاق ، وعامة أحكام النكاح ، و لكن لا توارث بينهما و بين المسلم لاختلاف الدار ، فالزوجية كأنها معدومة مع وجودها حقيقة من حيث استحقاق الإرث . (1)

وقد امتنع التوارث بين المسلم الكافر لقوله صلى الله عليه و سلم من حديث أسامة بن زيد : " لا يتوارث أهل ملتين و لا يرث مسلم كافرا و لا كافر مسلما " (2)

وقد نقل صاحب المغني الإجماع على أن المسلم لا يرث الكافر و أن الكافر لا يرث المسلم فقال : أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم و قال جمهور الصحابة و الفقهاء : لا يرث المسلم الكافر ، يروى هذا عن أبي بكر و عمر و عثمان و علي و أسامة بن زيد و جابر بن عبد الله رضي الله عنهم . (3)

و وافقت الإمامية في أن الكافر لا يرث المسلم و أن المسلم لا يرث الكافر مستدلين بذلك بإجماع الإمامية . (4)

ولكن الحنفية و الزيدية قالوا : المرتد يوزع ماله بين ورثته المسلمين (5)

و احتجوا بقوله تعالى : ﴿ يَسْتَتُونَكَ قُلُوبُهُمْ قُلِ اللَّهُ يَفْتِكُمُ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْثَلَكُمْ لَيْسَ لَهُ وَدٌّ وَكَهْ أُخْتُ فَلَهَا

نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَيْنِ فَلَهُمَا الْثُلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ

مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ (1)

- 1 (السرخسي ، المبسوط ، ج30 ص 30 . و - سيدي خليل ، مواهب الجليل ، ج8 ص 506 . و - الأبي الأزهري ، الثمر الداني ، ج6 ص 41 . و - النووي ، روضة الطالبين ، ج5 ص 473 .
- 2 (الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، کتاب التفسیر ، باب قراءات النبي صلى الله عليه و سلم ، ج2 ص 262 حديث 9244 .
- 3 (ابن قدامة ، المغني ، ج7 ص 167 . و - المحلى ج11 ص 198 .
- 4 (الطوسي ، الخلاف ، ج4 ص 24 .
- 5 (السرخسي ، المبسوط ج10 ص 101 . - الامام أحمد المرتضى ، شرح الأزهري ، ج2 ص 472 .

وجه الدلالة : أن المرتد هالك لأنه ارتكب جريمة استحقق بها نفسه فيكون بها هالكا ، و لما مات عبد الله بن أبي بن سلول ، جعل رسول الله صلى الله عليه و سلم ماله لورثته المسلمين و قد كان مرتدا و إن كان منافقا فقد شهد الله بكفره بعد الإيمان و فيه نزل قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أزدَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيُغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا ﴾ (2) .

و علي رضي الله عنه قتل المستورد العجلي (3) على الردّة و قسم ماله بين ورثته المسلمين (4) و الردّة هالك يصير به حربا و أهل الحرب في حق المسلمين كالموتى ، إلا أن تمام هلاكه حقيقة بالموت أو الموت فإذا تم ذلك استند التوريث إلى أول الردّة و قد كان مسلما عند ذلك ، فيخلفه وارثه المسلم في ماله و يكون هذا توريث المسلم من المسلم ، هذا لأن الحكم عند تمام سببه يثبت في أول السبب كالبيع بشرط الخيار يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة و المنفصلة جميعا ، فعلى هذا يكون توريث المسلم من المسلم . (5) وذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن المرتد لا يرث و لا يورث و إن ماله يوضع في فيء المسلمين . (6)

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في الوصية بأكثر من الثلث .

قد ثبت أن النبي صلى الله عليه و سلم منع بالوصية بأكثر من الثلث لما فيه من إضرار بالورثة ، لحديث عامر بن سعد عن أبيه قال مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت . فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقلت أي رسول الله إن لي مالا كثيرا . وليس يرثني إلا

1 (النساء : آية 176)

2 (النساء : آية 137)

3 (لم أجد من ترجم له . غير أنه ذكر أن الإمام علي قتله لردته و أمر بحرقه [علي محمد الصلابي ، سيرة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ، ج 1 ص 416])

4 (لم أجد تخريج هذا الأثر في كتب التخريج و لكن ذكره الإمام السرخسي في المبسوط ج 10 ص 110 .)

5 (السرخسي ، المبسوط ، ج 10 ص 110 - 111 .)

6 (البهوتي ، كشف القناع ، ج 4 ص 574 .)

ابنة لي . أفأتصدق بثلاثي مالي ؟ قال (لا) قلت فالشطر ؟ قال (لا) قلت فالثالث ؟ قال " الثالث . و الثالث كثير . أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس " (1)

اتفق الفقهاء على جواز الوصية ، و اختلفوا في من أوصى بأكثر من الثالث ، هل تنفذ الوصية ، أم تبطل ؟ على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية (2) و المالكية (3) في قول و الشافعية (4) و الحنابلة (5) إلى القول القول بصدّة هذه الوصية و لكنّها موقوفة على إجازة الورثة .

فنهى النبي صلى الله عليه و سلم سعد عن الزيادة عن الثالث يقتضي بطلان هذه الزيادة ، إلا أن الفقهاء جعلوا للورثة حق إجازة ما زاد عن الثالث أو رد ما زاد عن الثالث و عدم الإجازة .

قال المالكية (6) : فإذا أوصى لرجل بنصف ماله و لآخر بربعه ، فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال و الربع للآخر و إن ردّوا قسمت الثالث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه و للآخر ثلثه و قسمت الثلثين على الورثة ، هذا قول الجمهور منهم الحسن و النخعي و مالك و الشافعي و إسحق و أبو يوسف و محمد وقال الحنفية و أبو ثور و ابن المنذر : لا يضرب الموصى له بزيادة على الثالث في حال الرد بأكثر من الثالث لأن ما زاد على الثالث باطل فكيف يضرب به ، و رد الجمهور أنه كما فاضل بينهما في الوصية فوجب المفاضلة بينهما في حالة الرد .

و اشترط لمن يحق له الإجازة بأن يكون جائز التصرف ، فأما الصبي و المجنون و المحجور عليه لسفه ، فلا تصح الإجازة منهم لأنه تبرع بالمال ، فلم تصح منهم كالهبة . (7)

وقال الشافعية (8) : الوصية بما زاد عن الثالث تبطل لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى سعدا عن الوصية بما زاد عن الثالث و النهي يقتضي الفساد و ليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

القول الثاني : ذهب الظاهرية (9) و المالكية (1) في قول ببطلان الوصية بأكثر من الثالث مطلقا . و استدلل الفريق الثاني لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

- 1 (متفق عليه ، أخرجه البخاري في الجامع الصحيح ، كتاب الجمعة باب الطيب للجمعة ، ج3 ص 238 . و مسلم في الجامع الصحيح ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ، ج5 ص 71 حديث رقم 4296 .
- 2 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج7 ص 370 .
- 3 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج4 ص 427 .
- 4 (النووي ، المجموع ، ج15 ص 410 .
- 5 (ابن قدامة ، المغني ، ج6 ص 457 .
- 6 (الدردير ، الشرح الكبير ، ج6 ص 546 .
- 7 (السرخسي ، أصول السرخسي ، ج2 ص 248 ، و الأمدي ، الأحكام ، ج1 ص 150 . و العاملي ، وسائل و مسائل الشيعة ، ج13 ص 364 .
- 8 (النووي ، المجموع ، ج15 ص 410 .
- 9 (ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 338 .

1. حديث عامر بن سعد عن أبيه قال مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت . فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقلت أي رسول الله إن لي مالا كثيرا . وليس يرثني إلا ابنة لي . أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال (لا) قلت فالشطر ؟ قال (لا) قلت فالثالث ؟ قال " الثالث . و الثالث كثير . أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس " (2)

و وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أباح الوصية بالثلث و قال : الثالث و الثلث كثير ، فتكون الزيادة عن الثلث باطلا ، و كلام الموصي لغوا لا قيمة له في الشرع و الوصية قربة إلى الله تعالى ، فلا يتقرب إليه بمعصية فتكون الزيادة معدوم شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

قال ابن حزم : و صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز الوصية إلا بالثلث فأقل فصح يقينا أن من أوصى بثلثه فأقل أنه طيع الله تعالى ، فوجب إنفاذ طاعة الله عز وجل و ودنا من أوصى بأكثر من الثلث عاصيا لله عز وجل إن تعمد ذلك على علم و قصد و إمّا مخطئا معفو عنه الإثم إن كان جاهلا ذلك فعله باطل بكل حال ولا يحل إنفاذ معصية الله عز وجل و لا إمضاء الخطأ قال تعالى : ﴿ لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُطْلِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ ﴾ (3) ووجدنا أن الموصي إذا أوصى في وجه ما بمقدار ما دون الثلث فقد وجب إنفاذ كل ما أوصى به فإذا زاد على الثلث كانت الزيادة باطلا لا يحل إنفاذه فصح قولنا حرفا حرفا كما أمر الله تعالى و رسوله صلى الله عليه وسلم . (4)

المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة في الوصية بمعصية ، أو فيما لا منفعة فيه

شرع الله سبحانه و تعالى الوصية تحقيقا لمصالح العباد الدنيوية و الأخروية فهو من جهة يحقق مصلحة دنيوية للموصى له و من جهة الموصي هي قربة و عبادة يتقرب بها الموصي لله سبحانه و تعالى لتكون ذخرا له بعد مماته ، من هنا لا بدّ في الوصية أن تكون بما يتقرب به إلى الله تعالى ، فلا تكون بمعصية الله سبحانه و تعالى و لا بدّ أن تكون بما له قيمة شرعية فلا يجوز الوصية بالمحرم الذي يحرم الانتفاع به لأنّ منفعه معدومة شرعا كالكلب العقور و الخمر و

1 (الردير ، الشرح الكبير ، ج 6 ص 457 .

2 (سبق تخريجه في الصفحة السابقة .

3 (الأنفال : آية 8

4 (ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 338 .

الخنزير لأنه يحرم الانتفاع بها و لا تُقرّ في اليد ، وكذلك لا تصح الوصية بطبل له لأنه لا منفعة فيه . (1)

قال المالكية : و يبطل الإيصال بمعصية و المراد بالمعصية الأمر المحرم كالوصية بنيابة أو لهو أو حرم في عرس و الوصية بضرب قينة على قبر مباهاة ، فكل ذلك تبطل به الوصية و لا ينفذ و يرجع ميراثا . (2)

فالوصية لا تصح بما ليس بمال و ليس بمتقوم في حق المسلمين كالخمر للمسلمين . (3)
قال الحنابلة : لا تصح الوصية بفعل معصية كان الموصي مسلماً أو ذمياً ، فلو وصّى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الإنفاق عليها كان باطلاً و بهذا قال الشافعي و أبو ثور وقال أصحاب الرأي : يصح . فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرض تبنى عليها كنيسة و خالفه أصحابه و أجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ، و يتصدق بها على أهل الذمة .
ولكنّ الشافعية و الحنابلة و المالكية قالوا : هذه وصايا باطلة و أفعال محرمة لأنها معصية فلا تصح الوصية بها كما لو أوصى بعبده و أمته للفجور ، و إن وصى لكتب التوراة و الإنجيل لم تصح لأنها منسوخة و فيها تبديل و الاشتغال بها غير جائز .

قال الحنفية (4) : لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه و عمارته و تجصيصه يجوز ؛ لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله سبحانه وتعالى بإخراج ماله إلى الله سبحانه وتعالى لا التملك إلى أحد ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية ، فهو باطل ؛ لأنه معصية .

ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة ، أو لكنيسة أن ينفق عليها في إصلاحها .
أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم ، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما لا يجوز ، وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة أنها لا تخلو إما إن كان الموصى به أمراً ، هو قرابة عندنا وعندهم ، أو كان أمراً هو قرابة عندنا لا عندهم وأما إن كان أمراً هو قرابة عندهم لا عندنا .

فإن كان الموصى به شيئاً هو قرابة عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة ، أو بعثق الرقاب ، أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعاً ؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة .

1 (النووي ، روضة الطالبين ، ج5 ص 146 و - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج4 ص 427 . - الحصني ، كفاية الأخيار ، ج2 ص 454 .

2 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ج4 ص 424 .

3 (سيد سابق ، فقه السنة ، ج3 ص 597 .

4 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6 ص 439 .

وإن كان شيئاً هو قرابة عندنا وليس بقرابة عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه ، أو أوصى أن يبني مسجداً للمسلمين ، ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعاً ؛ لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم ، فكان مستهزئاً في وصيته ، والوصية يبطلها الهزل والهزل ، وإن كان شيئاً هو قرابة عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة ، أو بيت نار أو بعمارة البيعة ، أو الكنيسة ، أو بيت النار ، أو بالذبح لعيدهم ، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا إن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يجوز ، وعندهما لا يجوز وجه قولهما أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية ، والوصية بالمعاصي لا تصح وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - إن الاعتبار في وصيتهم ما هو قرابة عندهم لا ما هو قرابة حقيقة ؛ لأنهم ليسوا من أهل القرابة الحقيقة ؛ ولهذا لو أوصى بما هو قرابة عندنا ، وليس بقرابة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين ، فدل أن الاعتبار ما هو قرابة عندهم ، وقد وجد . ولكننا أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون ، كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم .

وعلى أبو حنيفة أن أهل الكتاب يتركون ما يدينون فصحت الوصية .⁽¹⁾

وقال الشافعي⁽²⁾: لو أوصى أن تبنى كنيسة ينزلها مار الطريق أو وقفها على قوم يسكنونها أو جعل كرائها للنصارى أو المساكين جازت الوصية ، و ليس بنيان الكنيسة معصية إلا أن تتخذ لمصلى النصارى الذين اجتماعهم فيها على الشرك .

فمدار اعتبار الوصية صحيحة على الشرع فما اعتبره الشرع فيه منفعة أو نظر إليه على أنه مال متقوم صدّت الوصية فيه و ما ألغى الشارع ماليته في حق المسلمين فإنه تبطل الوصية فيه لأنها وصية بمعدوم شرعاً و المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

من خلال الأقوال السابقة نخلص بما يأتي :

اتفق الجمهور و الحنفية على أن الوصية بالمعصية باطلة إذا أوصى المسلم بها لأنها غير معتبرة شرعاً و المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

ذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى⁽³⁾ إلى أنه يجوز إجازة وصية أهل الذمة فيما هو جائز عندهم ، حتى لو كان معصية عندنا ، و ذهب الجمهور و معهم صاحبان إلى القول بعدم جواز إنفاذ هذه الوصية و أنها باطلة وهي في حكم المعدومة شرعاً ، و (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) .

1 (الحفصكي ، الدر المختار ، ج7 ص 281 . و الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج4 ص 427 .

2 (الشافعي ، الأم ، ج4 ص 226 .

3 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6 ص 439 .

المبحث الرابع

تطبيقات القاعدة في الجنايات و الحدود

إنَّ الله سبحانه و تعالى كرَّم الإنسان ، خلقه بيده و نفخ فيه الروح و أسجد له ملائكته و سخر له ما في السماوات وما في الأرض جميعاً منه ، و جعله خليفة عنه و زوّده بالقوة و المواهب ليسود الأرض و ليصل إلى أقصى ما قدّر له من كمال مادي و ارتقاء روحي ، قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا

تَفْضِيلًا ﴿ (1)

وقد خطب الرسول صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع فقال :
فَكَيْفَ وَدَّ اللَّهُ أَنْ يَكُونَ مَعَكُمْ حَرَامٌ كَحَرَامِ يَوْمِ مَكَّةَ هَذَا فِي شَهْرِ كُمْ هَذَا فِي لَيْلِكُمْ
هَذَا لِيُبَلِّغَ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ فَإِنَّ الشَّاهِدَ عَسَى أَنْ يُبَلِّغَ هَوْنَ أَوْ عَى لَهُ مِنْهُ " (2)

1 (الإسراء : آية 70

2 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب العلم ، باب العلم قبل القول و العمل ، ج 1 ص 71 ، حديث 67 .

فقد حرّم الإسلام الاعتداء على نفس الإنسان أو على أعضائه ورتّب عقوبات للزجر من تسوّّل له نفسه الاعتداء على الآخرين و لتعم الدنيا العدالة .
ولكن لا بدّ عند تطبيق القصاص أن تتوافر شروط شرعية في القاتل و المقتول و المعتدي و المعتدى عليه ، و من خلال تطبيقاتنا لقاعدة المعدم في هذا الفصل في الجنايات و الحدود سنتعرف على الأحكام الشرعية التي لها ارتباط بهذه القاعدة و تنطبق عليها .

المطلب الأول

تطبيق القاعدة في الجنايات

الجنايات : جمع جناية ، مأخوذة من جنى يجني بمعنى أخذ ، يقال : جنى الثمر إذا أخذه من الشجر ، و جنى الذنب عليه يجنيه جناية أي جرّه إليه ، و الثمرة اجتناها كتنجّأها و هو جان ، و تجمع جناة (1) .

و الجناية بالكسر الذنب و الجرم مما يوجب العقاب و القصاص و هي في اللغة عبارة عن إيصال المكروه إلى غير مستحق و في الشرع عبارة عن إيصال الألم إلى بدن الإنسان كله أو بعضه ، فالأول جناية على النفس و الثاني جناية على الطرف . (2)

و الجنايات اصطلاحاً : الذنب و الجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب و القصاص في الدنيا و الآخرة . (3)

المسألة الأولى : تطبيق القاعدة على القصاص .

1 (الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج4 ص 313 . - ابن منظور ، لسان العرب ، ج4 ص 153 .
2 (الطريحي ، مجمع البحرين ، ج1 ص 416 .
3 (النووي ، المجموع ، ج18 ، ص 344 .

فالقتل الموجب للقصاص شرعا ، قامت الأبوة مانعة من تحققه على الصورة التي توجب القصاص ، و ذلك باستثناء النص الوارد من وجوب القصاص منه ، فحقيقة القتل الموجب للقصاص شرعا لم تكتمل مع وجود الصورة الحسية للقتل ، و هي القاتل و المقتول و لكن انتفت عن هذه الصورة حقيقتها الشرعية التي توجب القصاص ، فكان سبب في درء الحد عن الوالد ، و (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) .

المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في القصاص بين المسلم و الكافر .

إن الأصل أن النفس بالنفس لقوله تعالى : ﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (2) ، و لكن لابد أن يكون المقتول مكافئ للقاتل حال جنائته ، بأن يساويه في الدين و الحرية ، فلا قصاص على مسلم قتل كافر أو حرّ قتل عبدا ، لأنه لا تكافئ بين القاتل و المقتول ، بخلاف ما إذا قتل الكافر المسلم أو قتل العبد الحر ، فإنه يقتص منهما فالإسلام و إن كان ألغى الفوارق بين المسلمين في هذا الباب فلم يفرق بين شريف و وضع و بين غني و فقير ولا بين ذكر و أنثى ، إلا أنه اعتبر الفارق بين المسلم و الكافر و الحرّ و العبد ، فلم يجعلهما متكافئين في الدم ، لحديث علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال :

" المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم ، لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده " قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وله شاهد عن أبي هريرة وعمر بن العاص . (3)

ومن تطبيقات القاعدة : كون المقتول معصوم الدم . فلو قتل المسلم مرتدا أو ثيبا زانيا أو قاتلا ، فلا ضمان على القاتل لا بقصاص ولا بدية لحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " والذي لا إله غيره لا يحل دم رجل مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا ثلاثة نفر التارك الإسلام المفارق للجماعة والثيب الزاني والنفس بالنفس " (4)

1 (سيد سابق ، فقه السنة ، ج2 ص 353 .

2 (سورة المائدة : آية 45 .

3 (الحاكم ، المستدرک علی الصحیحین ، كتاب قسم الفیء ج6 ص 228 ، حديث 2574 .

4 (الإمام مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب القسامة و المحاربين ، باب ما يباح به دم المسلم ، ج3 ص 1302 حديث 1676 .

فقد أسقط الشارع عصمة دم المرتد و الزاني المحصن من حيث وجوب القصاص على القاتل لعدم اعتبارهم معصومي الدم ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا . (1)

قال المالكية : لا شيء على من قتل زنديقا ، و كذا الزاني المحصن ، و لا دية لهم إن قتلوا خطأ ومن قطع يد سارق خطأ فلا دية له . (2)

سبق أن بيّنا أنّ من أسباب الانعدام الشرعي ، فقدان شرط من الشروط التي جعل الشارع فقدان هذا الشرط موجبا لانتفاء الحكم فالصلاة شرطها الطهارة و لا تقبل بغير طهارة و تطبيق القصاص شرطه كون المقتول معصوم الدم فإذا انتفى هذا الشرط لزم عدم الحكم فلا تترتب الآثار الشرعية المترتبة على قتل المسلم للمسلم و الشرط كما عرّفه الأصوليون : ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (3)

وكل ما جعل له الشارع شرطا أو شروطا لا يتحقق وجوده الشرعي بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا وجد شرطه أو شروطه . و إذا لم يوجد الشرط أو أحد الشروط ، لم يكن للمشروط وجود بحيث يستتبع أثره الشرعي . (4)

1 (النووي ، شرح مسلم ، ج10 ص 121 . - الحصني ، كفاية الأخيار ج2 ص 599 .
 2 (الخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج8 ص 294 .
 3 (الكبيري ، أصول الأحكام و طرق الاستنباط في التشريع الإسلامي . ص 208 .
 4 (المصدر السابق نفسه .

المطلب الثاني

تطبيقات القاعدة في الحدود

الحدود جمع حد و الحد في الأصل الشيء الحاجز بين شيئين ، يقال : ما ميّز الشيء عن غيره ، منه : حدود الدار و حدود الأرض و هو في اللغة بمعنى : المنع . (1)

هي جمع حد وهو في اللغة المنع و اصطلاحاً : هو عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله عز و جل وفي الصحاح الحد الحاجز بين الشيئين وحد الشيء منتهاه تسمية بالمصدر وفي المغرب يقال لحقيقة الشيء حد لأنه جامع ومانع ومنه الحداد البواب لمنعه من الدخول وسميت عقوبة الجاني حدا لأنها تمنع المعاودة أو لأنها مقدرة ألا يرى أن التعزيز وإن كان عقوبة لا يسمى حدا لأنه ليس بمقدر أي ليس له قدر معين . (2)

المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على حدّ الزنا .

يعرّف الزنا اصطلاحاً بأنه : اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحيّة في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك و عن شبهته و عن حق المالك و عن حقيقة النكاح و شبهته ، عن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك و في النكاح جميعاً . (3)

ومن المعلوم أنّ الزاني المحصن عقوبته الرجم حتى الموت لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه :

1 (الخليل الفراهيدي ، العين ، ج3 ص 19 .
2 (قاسم القونوي ، أنيس الفقهاء ، ج2 ص 173 .
3 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج7 ص 33 .

" لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبت آية الرجم بيدي وأقر ماعز عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا أربعا فأمر برجمه " (1)

وقد ثبت أن الزاني إذا كان غير محصن فإنه يجلد مئة جلدة لقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي

فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (2) . و الإحصان يعني المنع ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ

صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لَتَحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾ (3)

فإذا طبقنا قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) فيقتضي ذلك ألا يكون لهذا النكاح الفاسد أثر في الإحصان ، لذا نجد أن الفقهاء اشترطوا لحصول الإحصان أن يكون النكاح صحيحا أما النكاح الفاسد فلا يعتبر إحصانا و لا يعتبر النكاح أو المنكوحة من نكاح فاسد محصنين .

قال الحنفية : و لا إحصان بالجماع في النكاح الفاسد لأن الإحصان عبارة عن كمال الحال ، فإنما يحصل بوطء نعمة بل نهاية في النعمة ، حتى لا يحصل بالوطء بملك اليمين و الوطء بالنكاح الفاسد حرام ، فلا يوجب الإحصان . (4)

وذكر المالكية مثل ذلك فقالوا : إن الإحصان إنما يكون بنكاح صحيح و وطء فيه وطئا مباحا (5) .

و قال الإمام النووي : و لا خلاف أن المراد بالثيب من وطء في نكاح صحيح . (6)

و قد نقل ابن المنذر (7) الإجماع على أن الإحصان لا يكون بالنكاح الفاسد .

و يتضح تطبيق قاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا) في أن النكاح الفاسد في حكم المعدوم من حيث الإحصان به فلا يتحقق به الإحصان لأنه معدوم شرعا و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

1 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الأحكام ، باب الشهادة تكون عند الحاكم ، ج 18 ص 97 ، حديث 7170 .

2 (سورة النور : آية 2 .

3 (الأنبياء : آية 80

4 (السرخسي ، المبسوط ، ج 5 ص 151 .

5 (النووي ، المجموع ، ج 20 ص 8 .

6 (الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ص 401 . و – البهوتي ، كشف القناع ، ج 6 ص 115 .

7 (الإمام ابن المنذر محمد بن ابراهيم بن المنذر ، أبو بكر النيسابوري الفقيه صاحب التصانيف، توفي سنة ثمان عشرة و ثلاث مائة بمكة، قال ابو اسحاق في كتاب الطبقات: صنف في اختلاف العلماء كتباً لم يصنف مثلها واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف انتهى، ومن كتبه المشهورة كتاب الأشراف وهو كتاب كبير في اختلاف العلماء وله المبسوط وهو أكبر منه في اختلاف العلماء وله كتاب الإجماع وهو صغير. [الوافي بالوفيات ج 1 ص 145] .

المسألة الثانية: تطبيقات القاعدة في حدّ السرقة .

السرقة شرعا تعني : أخذ مال الغير على سبيل الخفية ، نصابا محرزاً للتمويل غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل و لا شبهة . (1)

ثبت أن عقوبة السارق هي قطع اليد بقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا

كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (2)

ومن السنة قوله صلى الله عليه و سلم : " تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا " (3) وأجمعت الأمة على وجوب قطع يد السارق (4)، ولكن هل يقطع أي سارق بأي سرقة ، أم أم لا بدّ أن تتوفر شروط و أركان للسرقة التي توجب الحد شرعا ؟ لذلك ثبت في الحديث اعتبار النصاب في السرقة ، فإذا سرق سارق أقل من النصاب فإنه لا يقام عليه حدّ السرقة ، مع أنه يلحقه الإثم و العقاب من الله تعالى ، وعقوبة تعزيرية من السلطان و لكن لا يترتب الأثر الشرعي الذي هو القطع كما وكذلك إذا كان السارق غير مكلف أو كان لا يعقل أو كان في السرقة المكتملة أركانها و شروطها . (5)

تطبيقات القاعدة على سرقة المحرم .

أي سرقة شيء ليس له اعتبار شرعي و ليس له قيمة شرعية أو ليس بمتقوم شرعا ، فقد قال الحنفية : ولا يقطع بسرقة النبيذ و اللبن لأنّ ذلك مما يتسارع إليه الفساد وكذلك سرقة الخمر و الخنزير و السكر و إن كان ذلك مالا متقوماً ولكنّه مما يتسارع إليه الفساد و انعدام المالية يصير شبهة و القطع يندري بالشبهات و لا قطع في الدف و ما أشبهه من الملاهي ، أمّا عندهما فلأنه ليس بمال متقوم فلا يضمن متلفه (6)

1 (كمال الدين ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج4 ص 219 . ط1 المطبعة الكبرى ، سنة 1316 هـ

2 (المائدة : آية 38

3 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الحدود ، باب قوله تعالى و السارق و السارقة ، ج6 ص 2492 حديث 6407 .

4 (ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج8 ص 239 .

5 (الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج9 ص 19 . و الشافعي ، الأم ، ج9 ص 169 .

6 (السرخسي ، المبسوط ، ج9 ص 154 .

ونصّ الإمام مالك في المدونة أنّ من سرق الخمر و الخنزير حتى لو كان هذا الخمر و الخنزير لدمي فإنه لا يقطع فيها دمي ولا مسلم . (1)

و اشترط الشافعية أن يكون المال محترماً حتى يستحق السارق القطع ، فلو سرق خمراً أو كلباً أو جلد ميتة غير مدبوغ فلا قطع سواء سرقه مسلم أو دمي لأنه ليس بمال (2) وجاء في المغني : لا يقطع في سرقة محرم كالخمر و الخنزير و الميتة و نحوها ، و سواء سرقه من مسلم أو دمي و بهذا قال الشافعي و أبو ثور و أصحاب الرأي و حكي عن عطاء أن سارق خمر الدمّي يقطع و إن كان مسلماً ، لأنّه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهمهم ، و لنا أنها عين محرّمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير وما لا يقطع بسرقة من المسلم لا يقطع بسرقة من الدمّي ، كالميتة و الدم وما ذكره ينتقض بالخنزير ولا اعتبار به فإنّ الاعتبار بحكم الإسلام . (3)

ونستطيع أن نلاحظ تطبيقات قاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً من خلال استعراضنا لأقوال العلماء في حد السرقة ، أنّ السرقة التي يترتب عليها القطع لا بد أن تتوافر فيها شروط في السارق و شروط في المسروق ، و إذا انتفت هذه الشروط فلا يقيم حد السرقة و تصبح في حكم المعدومة من حيث إقامة الحد ، فسرقة ما ليس بمال شرعاً في حق المسلم كالخمر و الخنزير لا توجب القطع كما أنّ السارق إذا كان فاقداً للأهلية لا يجب عليه القطع ، ومع هذا فإنّ السارق يترتب عليه عقوبة عند الله سبحانه و تعالى ، و قد يترتب عليه عقوبة تعزيرية ، لكن من حيث تطبيق الحد فإنّ السارق لا تترتب عليه العقوبة الحدية فهذه السرقة معدومة شرعاً ، لأنها لا تترتب عليها الأحكام الشرعية التي تترتب على السرقة عند توتر أركانها و شروطها و انتفاء الموانع عنها .

1 (الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ج 6 ص 279 .

2 (النووي ، روضة الطالبين ج 7 ص 332 .

3 (ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ص 283 .

تطبيقات القاعدة على حد شرب الخمر للمكره والمضطر .

إنَّ شرب الخمر من الكبائر لأنَّ حفظ العقل من الكليات الخمس التي اتفق المسلمون على حفظها وقد أمر الله تعالى في كتابه العزيز باجتنب الخمر فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا

الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (1)

وقد قال صلى الله عليه وسلم : " كل مسكر حرام " (2)

فمن شرب الخمر و هو مسلم بالغ عاقل مختار ، وجب عليه الحد لأنَّ عبد الرحمن بن جعفر جلد الوليد بين يدي عثمان و علي رضي الله عنه حتى بلغ أربعين فقال : أمسك . ثم قال : " جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين و أبو بكر أربعين و عمر ثمانين و الكل سدة و هذا أحبَّ إليَّ " (3)

ولكن لا يقام حدّ شرب الخمر إلا إذا اجتمعت شروط حتى تعبر جريمة شرب الخمر موجبة للحد ، كأن يكون شارب الخمر مكلفا عاقلا غير مكره ، قال صاحب البدائع :

فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الإسلام فلا حد على الذمي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة (4)

و جاء في مواهب الجليل :الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختارا إلا لضرورة ، فلا حدّ على مكره و لا على ذي غصة . (5)

وجاء في المغني (6) إنَّ الحدّ يلزم من شربها مختارا لشربها ، فإن شربها مكرها فلا حدّ عليه و لا إثم سواء أكثره بالوعيد و الضرب أو أُلجئ إلى شربها بأن يفتح فوه و تصب فيه . قال النبي صلى الله عليه وسلم : "إنَّ الله تجاوز عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه

1 (المائدة : آية 90

2 (البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب المغازي ، باب بعث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل إلى اليمن ، ج 4 ص 1579 حديث 4087 .

3 (مسلم بن الحجاج (ت 261 هـ) ، الجامع الصحيح ، كتاب الحدود ، باب حد الخمر ، ج 5 ص 126 حديث 4554 . دار الجيل - بيروت + دار الأفاق الجديدة بيروت .

4 (أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ص 39 .

5 (الخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، ج 8 ص 434 .

6 (ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ص 330 .

" (1) وكذلك المفطر المضطر إليها لدفع غصّة بها إذا لم يجد مائعا سواها فإن الله تعالى قال في آية التحريم : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (2).

فجعل الشارع المكروه و المضطر الذي يشرب الخمر في حكم المعدوم من حيث عدم وجوب الحد عليه لقيام الإكراه مانعا من تطبيق هذا الحد و فقدان المكروه للأهليّة حال الإكراه ، و ما اعتبره الشارع معدوما شرعا فهو كالمعدوم حقيقة فلم يوجب عليه الحد .

1 (ابن ماجة محمد بن يزيد (ت273هـ) ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكروه و الناسي ، ج 1 ص659، حديث : 2043 . قال الحافظ في فتح الباري ج 9 ص390 : صححه ابن حبان .
2 (البقرة : آية 173

الخاتمة

وفيها النتائج و التوصيات

الحمد لله و الصلاة والسلام على رسول الله و آله و صحبه و من والاه ، أما بعد ..
فبعد أن منّ الله علي بإنهاء هذه الدراسة يمكنني أن أخص النتائج التي وصلت إليها بالنتائج الآتية :

- قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا من القواعد الأصولية و الفقهية المهمة التي يتخرج عليها كثير من المسائل الأصولية و الفقهية .

- إن قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا قاعدة مستقلة بحد ذاتها و ليست مرادفة لقاعدة النهي يقتضي الفساد و لكنها ذات صلة وثيقة بقاعدة النهي ، حتى أن أكثر التطبيقات لقاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ترجع إلى الاختلاف أو الاتفاق حول مضمون قاعدة النهي يقتضي الفساد .

- لا خلاف بين العلماء أنّ النهي المقترن بقريضة تدل على أنّه لذات المنهي عنه يجعل الفعل معدوما شرعا و إن وجدت صورته الحسية و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

- أهم أسباب الانعدام الشرعي ترجع إلى حدوث خلل في الحقيقة الشرعية للفعل كأن يكون فاقدا لشرط أو ركن أو يصدر من غير أهله أو يقع في غير محله .

- إنّ الاعتبار و الاعتداد بالأمر الشرعية إنما هو باعتبار الشارع ، فما أثبتته الشارع فهو موجود و ما ألغاه فهو مردود و إن كان ماثلا للعيان ، فالصورة الحسية للفعل وحدها لا تجعل وجود شرعي للأفعال الشرعية .

- للقاعدة تطبيقات على الحكم الوضعي ، سواء فيما يتعلق بالسبب أو الشرط أو المانع ، فالسبب الفاسد في العبادات لا يسقط القضاء ، فلا بد للسبب كي ينتج حكما أن يتحقق شرطه و

ينتفي عنه المانع ، فالنكاح سبب لحل استمتاع فإذا انعقد باطلا لا ينعقد سببا لحل الاستمتاع بناء على أنّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

- قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا تطبيقات في الحكم التكليفي ، كالواجب و الحرام ، فإذا أخل بالواجب ، أصبح العمل معدوما من حيث الاعتبار الشرعي ، بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، و من تطبيقات القاعدة على الحرام أن المحرم لذاته لا ترتب عليه الآثار الشرعية ، فالسرقة لا تصلح سببا للملك ، و هكذا .

- فاقد الأهلية كالمجنون و الصبي غير المميز أقواله و أفعاله لا تترتب عليها آثار شرعية ، فهي معدومة شرعا ، فلا يصح بيعه و لا نكاحه و لا هبته و لا إقراره .

- العبادة إذا اختل ركن من أركانها أو شرط من شروطها تصبح معدومة ، فيلزم على المؤدي القضاء كمن صلى من غير ركوع ، أو من غير طمئنينة في الصلاة أو أخل بشرط الطهور فصلى بغير طهور .

- ومن تطبيقات القاعدة أنّ المال الخبيث المكتسب بطريق محرم لا يصلح شرعا لأداء الزكاة ، لأنّ هذا المال فاقد القيمة شرعا ، و المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

- ومن تطبيقات القاعدة أن بيع الخمر و الخنزير باطل لا يترتب عليه ملك و لا يلزم المتلف الضمان .

- أوصي بدراسة قاعدة ذات صلة وثيقة بهذه القاعدة و هي قاعدة الموجود شرعا كالموجود حسا ، و هي من القواعد التي ذكرها المقرري في كتاب القواعد .

الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس القواعد الفقهيّة

فهرس الأعلام المترجم لهم

المصادر و المراجع

فهرس المحتويات

فهرس الآيات

1. ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ (سورة البقرة : آية 88) 80
2. ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾ (سورة البقرة : آية 127) 1
3. ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (سورة البقرة : آية 173) 155، 96، 85
4. ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ (سورة البقرة : آية 184) 95
5. ﴿ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى ﴾ (سورة البقرة : آية 197) 100
6. ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (سورة البقرة : آية 198) 120
7. ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (سورة البقرة : آية 220) 128
8. ﴿ وَلَا تَشْكُوهَا الْمُشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَ ﴾ (سورة البقرة : آية 221) 59 ، 51
9. ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحَ بِإِحْسَانٍ ﴾ (سورة البقرة : آية 229) 135
10. ﴿ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ... ﴾ (سورة البقرة : آية 229)
135
11. ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ .. ﴾ (سورة البقرة : آية 231)
128
12. ﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ (سورة البقرة : آية 235)
122

13.	﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (سورة البقرة : آية 175)	109
	الآية :	رقم الصفحة
14.	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾	146
15.	﴿ فَلَمَّا أَحَسَّ عِيسَى مِنْهُمُ الْكُفْرَ قَالَ مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ ﴾ (سورة آل عمران : 52)	13
14 ،		
16.	﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ... ﴾ (سورة النساء : آية 17)	15
17.	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ ... ﴾ (سورة النساء : آية 20)	136
18.	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (سورة النساء : آية 22)	27
19.	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ (سورة النساء : آية 23)	26
20.	﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (سورة النساء : آية 24)	26
21.	﴿ فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ... ﴾ (سورة النساء : آية 35)	

115

22. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى ...﴾ (سورة النساء : آية 43)

66

23. ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ...﴾ (سورة النساء : آية 101)

84

24. ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾ (سورة النساء : آية 123)

88

25. ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ...﴾ (سورة النساء : آية 127)

139

26. ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ..﴾ (سورة النساء : آية 176) 139

رقم الصفحة

الآية :

27. ﴿ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴾ (سورة المائدة : آية 29) 100
- 101 ،
28. ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ... ﴾ (سورة المائدة : آية 38)
- 152
29. ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ ... ﴾ (سورة المائدة : آية 90) ...
- 154
30. ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ﴾ (سورة المائدة : آية 95) 102
- 103 ،
31. ﴿ أَوْ مِنْ كَانَ مِيثًا فَأَخْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ ... ﴾ (سورة الأنعام : آية 128) 15 ، 17
32. ﴿ لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ ﴾ (سورة الأنفال : آية 8)
- 141
33. ﴿ لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ ﴾ (سورة التوبة : آية 108)
- 82
34. ﴿ يَا بَنِي إِدْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ يُوسُفَ وَأَخِيهِ ﴾ (سورة يوسف : آية 87)
- 13
35. ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ (سورة النحل : آية 106)

69

36. ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ .. ﴾ (سورة الإسراء : آية 70)

145

37. ﴿ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا ﴾ (سورة مريم : آية 26)

92

38. ﴿ هَلْ تَحْسِبُ مِنْهُمْ مِنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْرًا ﴾ (سورة مريم : آية 98)

13.....

39. ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لَتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾ (سورة الأنبياء : آية

(80) 151

40. ﴿ لَا يَسْمَعُونَ حَسِيسَهَا وَهُمْ فِي مَا اشْتَهَتْ أَنْفُسُهُمْ خَالِدُونَ ﴾ (سورة الأنبياء : آية

(102) 13

الآية :	رقم الصفحة
---------	------------

41. ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ﴾ (سورة الأحزاب : آية

(37) 132

42. ﴿ وَمَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ ﴾ (سورة فاطر : آية 19

(..... 34

43. ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا ﴾ (سورة الشورى : آية 13

12(

44. ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ﴾ (سورة الشورى : آية 21

17(

45. ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ...﴾ (سورة الطلاق : آية 1) 132

46. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ...﴾ (سورة الجمعة : آية 9) 57 ، 111 ،

112 ، 113

47. ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ﴾ (سورة المزمل : آية 2) 74

48. ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ * قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ﴾ (سورة المدثر : آية

42) 107

49. ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ (سورة البينة : آية 5

71).....(

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
36 ، 18 ، 15	1. " ارجع فصل فإنك لم تصل "
82	2. "الأرض كلّها مسجد إلا الحمّام والمقبرة "
127	3. " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ "
5	4. " أيما إهاب دبغ فقد طهر "
95	5. " إنها ليست أيام صيام إنها أيام أكل و شرب و ذكر "
110	6. " إنّ الله إذا حرّم على قوم شيئاً حرّم عليهم ثمنه "
103	7. " إنّ الله طيب لا يقبل إلا طيباً "
117 ، 108	8. " إنّ الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة "
131	9. " أنّ الرسول صلى الله عليه و سلم نهى عن الشغار "
10	10. " كلا إنك تكسب المعدوم وتحمل الكل "
117 ، 55 ، 53 ، 51 ، 18	11. " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد "
28	12. " لا تتكح الأمة على الحرة "
27	13. " لا نكاح إلا بشهود "
92 ، 37 ، 31	14. " لا تقبل صلاة بغير طهور "

15. "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل" 33
16. "رب صائم ليس له من صيامه إلا الجوع والعطش" 38
17. "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" 54 ، 59 ، 135
18. "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و ... " 65
19. "كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه" 67
20. "لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه" 73
21. "لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب" 31 ، 37 ، 76
22. "ثلاث ساعات كان ينهانا رسول الله أن نصلي فيهن .. " 77
23. "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها .. " 78 ، 80 ، 81
24. "من أدرك من الصبح ركعةً قبل أن تطلع الشمس .. " 78
25. "سألت عن الركعتين بعد العصر وإنه أتاني ناس .. " 78
26. "كان يصليهما قبل العصر ثم إنه شغل عنهما أو نسيهما .. " 78
27. "حدثني بأرجى عمل عملته في الإسلام ... " 78
28. "إن الشمس تطلع بين قرني شيطان ... " 79
29. "فضّلت على النبيين بخمس .. " 84
30. "صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته" 86
31. "من جمع مال من حرام ثم تصدق به" 92
32. "ليس فيها شيء" 92
33. "لا تصوموا في هذه الأيام" 94
34. "عندك شيء؟ قلت: لا، قال: إذا أصوم" 97
35. "من حجّ بمال حرام .. " 103

36. "بارك الله لك في صفقة يمينك" 111
37. "لا تتبع ما ليس عندك" 112
38. "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش" 112
39. "نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن" 110، 119
40. "لَا يَذْكُرُ حُرٌّ هَ لَا يَذْكُرُ يَلْخُ طُبُّ" 118، 119، 126
41. "لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام" 131
42. "مُرّه فليراجعها" 136، 137، 139
43. "لا يتوارث أهل ملتين ولا يرث مسلم كافرا ولا كافر مسلما" 140
44. "الثلث . و الثلث كثير . أن تذر" 142، 143
45. "مَوَ الْكُمُ وَ أَعْرَ اضْكُمُ بِيَذْكُمُ حَرَامٌ" 90، 147
46. "لا يقاد والدٌ بولد" 148
47. "تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا" 154
48. "كل مسكر حرام" 155

فهرس القواعد الفقهيّة

القاعدة الفقهيّة

رقم الصفحة

1. (الأمور بمقاصدها) 5
2. (العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني) 5
3. (لا ضرر ولا ضرار) 8
4. (الضرر يزال) 8
5. (يحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام) 8
6. (الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة) 8
7. (المشقة تجلب التيسير) 9
8. (الرخص لا تناط بالمعاصي) 9
9. (وتصرفات الإمام على الرعية منوط بالمصلحة) 9
10. (المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم) 93 ، 33
11. (المعجوز عنه شرعا كالمعجوز عنه حسداً) 33
12. (الموجود شرعا كالموجود حقيقة) 34
13. (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) 44
14. (لا يجوز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه) 89
15. (النهي يقتضي الفساد) 7 ، 19 ، 20 ، 21 ، 26 ، 29 ، 48 ، 56 ، 94 ، 106 .

16. (المعدوم شرعا كالمعدوم حسداً) 5 ، 7 ، 15 ، 16 ، 19 ، 20 ، 23 ، 30 ، 34 ، 37 ، 43 ، 47 ، 48 ، 52 ، 58 ، 59 ، 63 ، 68 ، 69 ، 74 ، 75 ، 77 ، 88 ، 90 ، 92 ، 94 ، 95 ، 97 ، 101 ،

105 ، 106 ، 109 ، 113 ، 120 ، 125 ، 127 ، 137 ،



فهرس الأعلام

1. المقري 2
2. الزرقاء 2

3	الندوي
6	السبكي
13	الحياني
14	الزجاج
14	الأخفش
21	الونشريسي
21	المنجور
26	السرخسي
29	الباقلاني
30	الرازي
30	البيضاوي
30	الغزالي
30	ابن قدامة
30	الجويني
33	المروزي
38	الطبيي
48	القاضي عبد الجبار
49	الأمدي
49	القفال
65	الشوكاني
149	ابن عليّة
153	ابن المنذر

قائمة المصادر و المراجع

1. القرآن الكريم .

2. إبراهيم مصطفى ، و أحمد الزيات و حامد عبد القادر و محمد النجار ، المعجم الوسيط ، تحقيق مجمع اللغة العربية . *
3. ابن الأثير (ت606هـ) ، النهاية في غريب الأثر ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ط4 ، 1364هـ ، مؤسسة إسماعيليان ، قم . *
4. ابن حجر العسقلاني (ت852هـ) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق السيد عبد الله اليماني ، دار المعرفة بيروت .
5. ابن حجر العسقلاني (ت852هـ) ، تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني ، ط 1384 .
6. ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي (ت597هـ) ، غريب الحديث ، تحقيق : د. عبد المعطي أمين قلجعي ط 1 ، 1985 م . دار الكتب العلمية - بيروت . *
7. ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي (ت597هـ) ، العلل المتنافية في الأحاديث الواهية ، تحقيق خليل الميس ، ط 1 ، 1403هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
8. ابن النجار ، محمد بن شهاب الدين ، الكوكب المنير المسمّى بمختصر التحرير ، مطبعة السنة المحمدية 1953م . *
9. ابن حزم ، علي بن أحمد (ت456هـ) ، المحلى ، تحقيق أحمد شاكر ، مطبعة العاصمة ، الناشر زكريا علي يوسف . *
10. ابن رشد الحفيد (ت595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقاتد ، تحقيق خالد العطار 1415 ، دار الفكر - بيروت .
11. ابن عابدين ، محمد أمين (ت1306هـ) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، بإشراف مكتب البحوث و الدراسات ، 1415هـ ، دار الفكر ، بيروت . *
12. ابن عبد البر يوسف بن عبد الله (ت463هـ) ، الاستنكار ، ط 1 ، 1421 ، دار الكتب العلمية ، بيروت . *
13. ابن فارس ، أحمد (ت395هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، ط 3 ، 1981م ، مكتبة الخانجي ، مصر . *
14. ابن قدامة المقدسي ، عبد الرحمن (ت682هـ) الشرح الكبير . دار الكتاب العربي .
15. ابن قدامة ، عبد الله (ت620هـ) ، المغني ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الكتاب العربي - بيروت . *
16. ابن كثير ، إسماعيل (ت774هـ) ، تفسير القرآن العظيم ، ط 1412هـ ، دار المعرفة - بيروت . *

17. ابن ماجه ، محمد بن يزيد (ت273هـ) ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت . *
18. ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين (ت711هـ) ، لسان العرب ط2 ، ط 1997 م ، دار التراث العربي ، بيروت . *
19. ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم (ت 970هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ، ط1 ، 1418هـ ، دار الكتب العلميّة ، بيروت - لبنان . *
20. أبو حبيب ، سعدي ، القاموس الفقهي ، ط2 ، 1408 هـ دار الفكر. دمشق - سورية . *
21. أبو داود ، سليمان بن الأشعث (ت275هـ) ، سنن أبي داود ، تحقيق محمد محيي الدين ، دار الفكر ، بيروت . *
22. أبي زيد القيرواني (ت389هـ) ، رسالة أبي زيد القيرواني ، المكتبة الثقافية ، بيروت . *
23. أحمد المرتضى ، (ت840هـ) ، شرح الأزهار ، غمضان ، صنعاء 1400هـ .
24. أحمد بن محمد الحنفي (ت1098هـ) ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، ط1 1985م ، دار الكتب العلمية - بيروت . *
25. الإمام مالك بن أنس (ت179هـ) ، المدونة الكبرى ، ط1 مطبعة السعادة ، مصر . *
26. الآمدي ، علي بن محمد (ت631هـ) الإحكام في أصول الأحكام، علّق عليه الشيخ عبد الرحمن عفيفي ، دار ابن حزم ، ط1 1424هـ . *
27. الأمير الصنعاني ، محمد بن إسماعيل (ت1128هـ) ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ط4 ، 1379هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، مصر . *
28. الباحسين ، عبدالوهاب ، القواعد الفقهية ، مكتبة الرشيد ، الرياض . *
29. البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت256) الجامع الصحيح المختصر ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق الطبعة الثالثة ، 1407 هـ الناشر : دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت . *
30. البزدوي ، علي بن محمد الحنفي (ت656هـ) أصول البزدوي كنز الوصول إلى معرفة الأصول ، الناشر : مطبعة جاويد بريس - كراتشي . *
31. البهوتي ، منصور بن يونس (ت1051هـ) كشف القناع ، ط1 1418هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت . *
32. البورنو ، محمد صدقي ، موسوعة القواعد الفقهية ، ط 1420هـ دار ابن حزم . *

33. البيهقي ، أحمد بن حسين بن علي (ت458هـ) السنن الكبرى ، دار الفكر بيروت .
34. الترمذي ، محمد بن عيسى (ت279هـ) سنن الترمذي ، حققه أحمد محمد شاكر و
آخرون ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . *
35. الجرجاني ، علي بن محمد (ت816هـ) ، التعريفات ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، ط1 ،
1405هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت . *
36. الجزري ، ابن الأثير (ت606هـ) ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، تحقيق طاهر
أحمد الزاوي ط4 ، مؤسسة إسماعيليان قم . *
37. الجصاص ، أحمد بن علي الرازي (ت370هـ) ، أحكام القرآن ، تحقيق : محمد
الصادق قمحاوي دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405
38. الحصني ، أبو بكر بن محمد (ت829هـ) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تحقيق
كامل محمد عويضة ، ط1 ، 1418هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان . *
39. الحصني ، أبي بكر بن محمد (ت829هـ) ، كتاب القواعد ، ط1 ، 1415هـ ، مكتبة
الرشيد - الرياض . *
40. الخطاب ، محمد بن محمد الرعيني (ت954هـ) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل
، تحقيق زكريا عميرات ط1 ، 1416هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
41. الحلبي ، (ت676هـ) ، المعتبر في شرح المختصر ، تحقيق لجنة التحقيق بإشراف ناصر
مكارم ، مؤسسة سيد الشهداء ، مطبعة أمير المؤمنين 1364هـ *
42. الحلبي ، ابن المطهر (ت726هـ) ، منتهى الطلب ، تحقيق حسين بيشنماز ، الناشر :
حاج أحمد ، تبريز ، 1333هـ . *
43. الحلبي ، الحسن بن يوسف (ت726هـ) ، تذكرة الفقهاء ، ط1 ، 1414هـ مؤسسة آل البيت
لإحياء التراث . *
44. الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي (ت1098هـ) ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه و
النظائر ، ط1 1985م ، دار الكتب العلمية - بيروت .
45. الدريني ، فتحي ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ط2 ،
1405هـ ، الشركة المتحدة للتوزيع . *
46. الدسوقي ، محمد عرفة (ت1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار إحياء
الكتاب العربي . *
47. الرازي ، محمد بن عمر (ت606هـ) المحصول في علم أصول الفقه ، تحقيق الدكتور
طه جابر فياض العلواني ط1 1399 هـ . *

48. الرازي ، محمد بن أبي بكر (ت 666هـ) ، مختار الصحاح ، تحقيق محمود خاطر ، 1415هـ ، مكتبة لبنان بيروت . *
49. الروكي ، محمد ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، دار الصفاء و دار ابن حزم . *
50. الزجاج ، أبو اسحق إبراهيم (ت 311هـ) ، معاني القرآن وإعرابه ، ط1 ، 1998 عالم الكتاب بيروت . *
51. الزحيلي ، محمد ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، ط1 جامعة الكويت - الكويت 1999م . *
52. الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، ط1 1418هـ ، دار القلم دمشق . *
53. الزلمي ، الدكتور مصطفى ، أسباب اخلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية ، مطبعة شفيق بغداد 1406 هـ . *
54. الزنجاني ، محمود بن أحمد (ت 656هـ) ، تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق د. محمد أديب صالح ، ط2 1398هـ ، مؤسسة الرسالة بيروت .
55. زيدان ، عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط11 ، 1410هـ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت . *
56. السبكي ، عبد الوهاب بن علي (ت 771هـ) ، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الأصول إلى علم الأصول ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1404هـ . *
57. السرخسي ، أبي بكر محمد بن أحمد (ت 490هـ) ، أصول السرخسي ، حقق أصوله أبو الوفاء الأفغاني رئيس اللجنة العلمية لإحياء المعارف النعمانية عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند دار الكتاب العلمية بيروت لبنان . *
58. السرخسي ، شمس الدين (ت 483هـ) ، المبسوط ، ط 1406 هـ ، دار المعرفة - بيروت . *
59. السمعاني ، أبو المظفر منصور (ت 489 هـ) ، قواطع الأدلة في الأصول ، تحقيق محمد حسن الشافعي ، ط1 ، 1418 هـ ، دار الكتب العلمية . *
60. السيوطي ، عبد الرحمن (ت 911هـ) ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، ط2 1996م ، دار الفكر بيروت . *
61. السيوطي ، جلال الدين ت (911هـ) جمع الجوامع ج1 ص78 ، ط الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة .

62. السيوطي (ت911هـ) ، الأشباه والنظائر في النحو ، دار المعارف النظامية ، حيدر آباد .
63. الشاشي ، أحمد بن محمد بن إسحاق (ت344هـ) ، أصول الشاشي ، 1402هـ ، دار الكتاب العربي - بيروت . *
64. الشاطبي ، إبراهيم بن موسى (ت790هـ) الموافقات ، تحقيق عبد الله دراز ، دار المعرفة بيروت . *
65. الشافعي ، محمد بن ادريس (ت203هـ) الأم ، ط2 1403هـ دار الفكر ، بيروت . *
66. شبير ، محمد ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، 2000م ، دار الفرقان عمان-الأردن. *
67. الشربيني ، الخطيب محمد (ت977هـ) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ط1377هـ . *
68. الشربيني ، محمد بن أحمد (ت960هـ) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت .
69. الشوكاني ، محد بن علي ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، تحقيق : كمال الجمل و آخرون ، ط1 ، 1419هـ دار صلاح الدين لإحياء التراث ، مصر . *
70. الشوكاني ، محمد بن علي (ت1255هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، ط1973م ، دار الجليل بيروت - لبنان
71. عبد الحميد الشرواني ، و ابن قاسم العبادي (ت1118هـ) حواشي الشرواني ، دار إحياء التراث العربي بيروت . *
72. عبد الغني دمشقي ، اللباب شرح الكتاب ، تحقيق محمود أمين النواوي ، دار الكتاب العربي بيروت . *
73. عبد القادر دمشقي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق عبد المحسن التركي ، ط2 مؤسسة الرسالة بيروت ، 1401هـ . *
74. العز بن عبد السلام (ت660هـ) ، القواعد الكبرى (قواعد الأحكام في إصلاح الأنام) ، 2000م ، دار القلم ، دمشق . *
75. العسكري ، أبو هلال (ت395هـ) ، الفروق اللغوية ، ط1 ، 1412 ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم . *

76. العلائي ، خليل بن كيكلي (ت761هـ) ، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ، تحقيق : د. إبراهيم محمد السلفيتي ، الناشر : دار الكتب الثقافية - الكويت*
77. الغرباني ، الصادق بن عبد الرحمن ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، 1423هـ - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، الإمارات دبي .
78. الغزالي ، أبو حامد (ت505هـ) المنحول في تعليقات الأصول ، تحقيق : د. محمد حسن هيتو الطبعة الثانية ، 1400 ، دار الفكر - دمشق *
79. الغزالي ، أبو حامد (ت505هـ) المستصفى في علم الأصول ، ط 1417هـ ، دار الكتب العلمية بيروت . *
80. الغزالي ، محمد بن محمد (ت505هـ) المستصفى في علم الأصول ، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي ، الطبعة الأولى ، 1413 . دار الكتب العلمية - بيروت . *
81. الغنيمي ، عبد الغني (ت1298هـ) اللباب في شرح الكتاب ، تحقيق محمود النواوي ، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان . *
82. الفراهيدي ، خليل بن أحمد (ت170هـ) ، العين ، تحقيق مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي ، ط 2 ، 1409هـ ، دار الهجرة . *
83. الفيومي ، المصباح المنير ، المطبعة الأميرية .
84. القرافي ، أبي العباس أحمد بن إدريس (ت648هـ) ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية و الاقتصادية د. محمد أحمد سراج و د. محمد علي جمعة ، دار السلام للطباعة و النشر . *
85. القرضاوي ، يوسف ، فقه الزكاة ، دار المعرفة ، الدار البيضاء . *
86. القرطبي ، محمد بن أحمد (ت670هـ) تفسير القرطبي ، ط 1405هـ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . *
87. قلعلجي ، محمد رواس ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ط 1 دار النفائس بيروت 2000م. *
88. الكاساني ، أبو بكر (ت587هـ) بدائع الصنائع ، ط 1 ، 1409 ، المكتبة الحبيبية - باكستان . *
89. مالك بن أنس (ت179هـ) ، الموطأ ، تحقيق : د. تقي الدين الندوي ط 1 ، 1413 هـ ، دار القلم - دمشق . *
90. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه . دار الفكر العربي للطبع و النشر . *

91. محمد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، ط3 ، المكتب الإسلامي ، 1404 هـ ، دمشق بيروت .
92. محمد أمين (ت972هـ) تيسير التحرير ، دار الفكر ، بيروت . *
93. محمد بن مكي العاملي (ت786هـ) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ط 1 1412 هـ ، قم . *
94. المرداوي ، علي بن سليمان (ت885هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية *
95. مسلم ، الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت161هـ) ، الجامع الصحيح ، دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة - بيروت . *
96. المفيد (ت413هـ) المقنعة ، تحقيق جامعة المدرسين قم ، 1410 هـ .
97. المليباري ، زين الدين بن عبد العزيز ، قح المعين بشرح قرّة العين لمهمات الدين ، ط1 ، 1418هـ ، حارة حريك - بيروت - لبنان .
98. المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق محمد رضوان الداية ، ط1 دار الفكر العربي ، بيروت ، دمشق ، 1410هـ .
99. المنجور ، أحمد بن علي (ت995هـ) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، دار عبد الله الشنقيطي للنشر .
100. المنجور ، أحمد بن علي (ت995هـ) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، دار عبد الله الشنقيطي للنشر . *
101. الندوي ، علي ، القواعد الفقهية ، ط2 1412هـ دار القلم ، دمشق . *
102. النسائي ، أحمد بن شعيب (ت303هـ) ، السنن الكبرى ، تحقيق عبد الغفار البنداري ، ط1 ، 1411هـ ، دار الكتب العلميّة ، بيروت . *
103. النووي ، محيي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ) المجموع ، دار الفكر بيروت . *
104. النووي ، يحيى بن شرف (ت676هـ) ، المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ط2 ، 1392هـ دار إحياء التراث العربي - بيروت . *
105. الوثنريسي ، أحمد بن يحيى ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي ، 1400هـ صندوق إحياء التراث الإسلامي . الرباط - المغرب . *
106. يوسف سبط ابن الجوزي (ت654هـ) ، إيثار الإنصاف ، تحقيق ناصر العلي ، ط1 دار السلام ، 1408 هـ . *

الفصل التمهيدي : التعريف بالقواعد الفقهية وبيان أهميتها	1
المبحث الأول : معنى القاعدة الفقهية	1
المطلب الأول : بيان معنى القاعدة لغة و اصطلاحاً	1
مناقشة التعريفات	3
المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالقاعدة الفقهية	5
الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي	5
الفرق بين القاعدة الفقهية و النظرية الفقهية	5
الفرق بين القاعدة الفقهية و الأشباه و النظائر	6
الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية	6
المبحث الثاني : أهمية التقعيد الفقهي والتأليف في فن القواعد الفقهية	8
الفصل الأول : التعريف بقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)	10
المبحث الأول : التعريف بمعنى : (المعدوم شرعاً و المعدوم حساً)	10
المطلب الأول : معنى المعدوم لغة	10
المطلب الثاني : المعدوم شرعاً ..	11
المطلب الثالث : المعنى اللغوي لكلمة حساً	13
المبحث الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة	15
المبحث الثالث : أدلة قاعدة المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً	17
المبحث الرابع : مكانة القاعدة	19
المبحث الخامس : أسباب الانعدام الشرعي	22
أسباب الانعدام المختلف فيها	24
المبحث السادس : القواعد ذات الصلة بقاعدة : (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)	25
قاعدة : النهي يقتضي الفساد	25
الحقيقة الشرعية	28
قاعدة : المشغول بالحاجة الأصلية كالمعدوم	32

قاعدة : المعجوز عنه شرعا كالمعجوز عنه حسا	33
قاعدة : الموجود شرعا كالموجود حقيقة	33
الفصل الثاني : التطبيقات الأصولية لقاعدة المعدوم شرعا	35
المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في الحكم التكليفي	35
المطلب الأول : تطبيقات القاعدة على الواجب	35
المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة على الحرام	38
المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في الحكم الوضعي	41
المطلب الأول : ارتباط القاعدة بالسبب	41
المطلب الثاني : ارتباط القاعدة بالشرط	42
المطلب الثالث : ارتباط القاعدة بالمانع	43
المبحث الثالث : تطبيقات القاعدة في الصحة و الفساد و البطلان	45
المطلب الأول : النهي المطلق المجرد عن القرائن لا يقتضي الفساد مطلقا	48
المطلب الثاني : النهي يقتضي الفساد مطلقا سواء كان لعينه أم لوصفه	52
المطلب الثالث : التفريق بين المنهي عنه لعينه أو لوصفه أو لمعنى مجاور	55
المبحث الرابع : تطبيقات القاعدة فيما يتعلق بالأهلية	61
المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في أهلية الوجوب	61
المطلب الثاني : أهلية الأداء	62
المطلب الثالث : عوارض الأهلية	63
تطبيقات القاعدة على العوارض السماوية (المجنون ، و المعتوه)	64
تطبيقات القاعدة على العوارض غير السماوية	66
المطلب الأول : السكر	66
المطلب الثاني : الإكراه	
	67
الفصل الثالث : التطبيقات الفقهية لقاعدة (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا)	70
المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في العبادات	70
المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في الطهارة	70
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على النية في الوضوء	71
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على التسمية في الوضوء	71
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على العفو عن النجاسة القليلة	73

المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في الصلاة	74
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على من ترك ركن من أركان الصلاة	74
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على الصلاة في الأوقات المنهي عنها	75
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على الصلاة في ثوب مغصوب أو أرض مغصوبة ...	80
المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على الصلاة في المقبرة	81
المسألة الخامسة : تطبيقات القاعدة على قصر الصلاة للعاصي بسفره	84
المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في الزكاة	87
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على زكاة المال الحرام	87
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في الأوقاص	90
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على المشغول بالحاجة الأصلية	91
المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة في الصيام	92
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على من نذر صيام يوم النحر و أيام التشريق	92
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على النية في الصيام	94
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على سفر المعصية	95
المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على صوم يوم العيد و أيام التشريق	97
المطلب الخامس : تطبيقات القاعدة في الحج	99
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على الحج بمال مغصوب أو مال حرام	101
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على صيد المحرم	102
المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية	104
المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في عقود التمليكات	105
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في البيوع	105
الفرع الأول : تطبيقات القاعدة في بيع الخمر	105
الفرع الثاني : تطبيقات القاعدة في المنع من بيع النجس	107
الفرع الثالث : تطبيقات القاعدة على بيع الفضولي	109
الفرع الرابع : تطبيقات القاعدة في بيع النجس	110
الفرع الخامس : تطبيقات القاعدة على البيع وقت النداء لصلاة الجمعة	111
المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في عقود التفويض و الإطلاق	115
المسألة الأولى : تطبيق القاعدة في عقد الوكالة	115
الفرع الأول : التوكيل بمحرم أو ما فيه معصية	115

المسألة الثانية : توكيل المحرم بعقد النكاح	116
المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في عقود التأمينات و التوثيقات	118
المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة في عقود الشركات	120
المسألة الأولى : عقد المضاربة أو القراض	120
المبحث الثالث : تطبيقات قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا في الأحوال الشخصية	122
المطلب الأول : تطبيقات القاعدة في عقد الزواج	122
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في عقد الزواج على المعتدة	122
المسألة الثانية : زواج المحرم	125
المسألة الثالثة : نكاح المحلل و المحلل له	127
المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على زواج الشغار	129
المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في عقد الطلاق	132
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على الطلاق في الحيض	132
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة على الطلاق المقترن بالعضل	135
المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة في المواريث	138
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في عدم التوارث بين المسلم و الكافر	138
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في الوصية بأكثر من الثلث	140
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة في الوصية بمعصية أو فيما لا منفعة فيه	142
المبحث الرابع : تطبيقات القاعدة في الجنايات و الحدود	145
المطلب الأول : تطبيق القاعدة في الجنايات	146
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة في القصاص	146
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في القصاص بين المسلم و الكافر	148
المطلب الثاني : تطبيقات القاعدة في الحدود	150
المسألة الأولى : تطبيقات القاعدة على حد الزنا	150
المسألة الثانية : تطبيقات القاعدة في حد السرقة	152
المسألة الثالثة : تطبيقات القاعدة على سرقة المحرّم	152
المسألة الرابعة : تطبيقات القاعدة على حد شرب الخمر للمكره و المضطر	154
الخاتمة : و فيها أهم النتائج و التوصيات	156
فهرس الآيات	159
فهرس الأحاديث	163

166	فهرس القواعد الفقهية
168	فهرس المصادر و المراجع
176	فهرس المحتويات
181	الملخص باللغة الانجليزية

﴿ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾

[يونس/10]

ABSTRACT

Praise be to Allah, by him the favours are completed, and peace and blessing of Allah be upon the noblest of the prophets and Messengers, our Prophet Muhammad, and all his family and his companions.

This thesis about religious base of what is non existent in Islamic law is like non existent in the sense arrives at the following results:

- Proving the religious affair or not depends on the lawmaker consideration ;when the lawmaker considers that an affair as existent, it must be existent. On the contrary, when the lawmaker consider it as non existent , it must be non existent anywhere.
- The base of lawmaker consideration that an affair has no value or no benefit in its existence is when worships or treatment lack a pillar or an essential condition.
- What is prohibited in itself is non existent in Islamic law, so what non existent for secondary purposes is existent on the basis of religious view.
- AL-Dhahiri and AL-Hanbali doctrines are considered the most jurisprudent doctrines in applying the base of what is non existent in Islamic law is like non existent in the sense. According to them the prohibition require absolute invalidation.
- The base of what is non existent in Islamic law is like non existent in the sense has many usuli and jurisprudent applications in the fields of jurisprudence.
- AL-Hanafi doctrine differentiated between two things: What is prohibited in itself and What is prohibited for its features. They considered the case of What is prohibited in itself as false or untrue things. This means that they don't have any action in the Islamic law. On the other hand, They considered the case of What is prohibited for its features as invalid, but it has some effects or actions in the Islamic law.

It is Allah who bestows success, and guides to the Straight Path

